



LW
LP

U^QFQ

LAW WORKING PAPERS





LAW WORKING PAPERS

Comprensión del Peculado en el Ecuador: Perspectivas Procesales

Jorge Cristóbal Ballesteros Ballesteros

2023 / 07

USFQ Law Working Papers

Colegio de Jurisprudencia
Universidad San Francisco de Quito USFQ
Quito, Ecuador

En contestación a: n/a

Recibido: 2023 / 04 / 25

Difundido: 2023 / 07 / 04

Materias: derecho penal, derecho constitucional

URL: <https://ssrn.com/abstract=4499454>

Citación sugerida: Ballesteros Ballesteros, Jorge Cristóbal. “Comprensión del Peculado en el Ecuador: Perspectivas Procesales”. *USFQ Law Working Papers*, 2023/07, <https://ssrn.com/abstract=4499454>.

© Jorge Cristóbal Ballesteros Ballesteros

El presente constituye un documento de trabajo (*working paper*). Puede ser descargado bajo acceso abierto en: <http://lwp.usfq.edu.ec>. Sus contenidos son de exclusiva responsabilidad de los autores, quienes conservan la titularidad de todos los derechos sobre su trabajo. USFQ Law Working Papers no ostenta derecho o responsabilidad alguna sobre este documento o sus contenidos.

Acerca de

USFQ Law Working Papers

USFQ Law Working Papers es una serie académico-jurídica de difusión continua, con apertura autorial para profesionales y de acceso abierto. Introduce en Ecuador un novedoso tipo de interacción académica que, por sus características particulares, tiene el potencial de ser pionero en rediseñar el discurso público del Derecho. Su objetivo es difundir documentos de trabajo (*working papers*) con impacto jurídico, que pueden abarcar cualquier asunto de las ramas de esta ciencia y sus relaciones con otras áreas del conocimiento, por lo que está dirigida a la comunidad jurídica y a otras disciplinas afines, con alcance nacional e internacional.

USFQ Law Working Papers difunde artículos académicos y científicos originales, entrevistas, revisiones o traducciones de otras publicaciones, entre otros, en español o inglés. Los contenidos son de exclusiva responsabilidad de sus autores, quienes conservan la titularidad de todos los derechos sobre sus trabajos. La difusión de los documentos es determinada, caso a caso, por el Comité Editorial. Se prescinde de la revisión por pares con el fin de dar a toda la comunidad académica la oportunidad de participar, mediante la presentación de nuevos trabajos, en la discusión de todos los contenidos difundidos.

USFQ Law Working Papers nace, se administra y se difunde como una iniciativa de la profesora Johanna Fröhlich (PhD) y un grupo de *alumni* del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito USFQ (Ecuador). Su difusión se realiza gracias al apoyo del Instituto de Investigaciones Jurídicas USFQ (Ecuador).

Más información: <http://lwp.usfq.edu.ec>

**COMPRENSIÓN DEL PECULADO EN EL ECUADOR:
PERSPECTIVAS PROCESALES**
**UNDERSTANDING OF EMBEZZLEMENT IN ECUADOR:
PROCEDURAL PERSPECTIVES**

JORGE CRISTÓBAL BALLESTEROS BALLESTEROS

Doctorante en Ciencias Jurídicas

Pontificia Universidad Javeriana

jorgecristoballesteros@hotmail.com

RESUMEN:

En este trabajo se aborda en primer lugar un estudio dogmático del peculado basado en tres fuentes: doctrina ecuatoriana, legislación penal y jurisprudencia de las altas Cortes recogiendo los rasgos del desarrollo histórico de este tipo penal hasta la actualidad. En segundo lugar, se realiza un análisis del sistema procesal ecuatoriano a fin de dar marco a la explicación de las reglas procesales que son aplicables al peculado y que han sido las más controversiales porque han generado una problemática en el ámbito del enjuiciamiento y sanción de este delito.

PALABRAS CLAVES:

Peculado, proceso penal ecuatoriano, sistema acusatorio, problemas procesales.

ABSTRACT:

In this work, a dogmatic study of embezzlement based on three sources is addressed in the first place: Ecuadorian doctrine, criminal legislation and jurisprudence of the High Courts, collecting the features of the historical development of this criminal type up to the present. Secondly, an analysis of the Ecuadorian procedural system is carried out in order to provide a framework for the explanation of the procedural rules that are applicable to embezzlement and that have been the most controversial because it has generated a problem in the field of prosecution and sanction of this crime.

KEYWORDS:

Embezzlement, ecuadorian criminal process, accusatory system, procedural problems.

I. INTRODUCCIÓN

La corrupción es uno de los fenómenos sociales y políticos que más influyen en la administración de los recursos públicos del Ecuador. Las conductas corruptivas invaden la actividad del Estado en los diferentes niveles de la administración pública. Los funcionarios estatales, ya sean de elección popular o de carrera, se ven involucrados en estas prácticas que provocan grandes perjuicios económicos a la hacienda pública y, por ende, a la sociedad quien debe cargar con el peso de los impuestos a fin de financiar un Estado socavado por la corrupción.

A pesar de los múltiples enfoques que los estudios sobre corrupción se han planteado, desde diferentes ámbitos de la investigación jurídica, este trabajo se encuadra en el estudio de la concepción dogmática del peculado. Este análisis se lleva a efecto por cuanto el peculado es uno de los tipos penales más importantes que sanciona la corrupción en Ecuador. Siendo visible cómo en la discusión jurídica, en torno a la corrupción pública, no ha existido un consenso respecto de los alcances del peculado como delito y su consecuente juzgamiento.

Por lo que, en este trabajo se pretende conocer como objetivo principal cuál es la comprensión que el derecho ecuatoriano ha realizado del peculado y su relación con el sistema procesal acusatorio desde su vigencia en el año 2001, que marca el inicio de un nuevo sistema de justicia penal en Ecuador.

En consecuencia, se parte principalmente de un estudio dogmático del delito de peculado que permita realizar un análisis doctrinario de las diferentes posturas respecto de dicho delito como tipo penal, a fin de conocer las concepciones e interpretaciones que se conocen en el Ecuador del alcance de esta figura delictiva y su relación con el sistema procesal. Este estudio se centra en los contenidos teóricos, jurisprudenciales y normativos del peculado y el sistema procesal penal acusatorio.

II. EL PECULADO EN EL DERECHO ECUATORIANO

1. EL PECULADO EN LA DOCTRINA ECUATORIANA

En teoría, la interpretación doctrinal en el Ecuador respecto al peculado tiene dos influencias. Por un lado, las definiciones se basan propiamente en la concepción legal del peculado, sin aportar ningún elemento adicional o un punto de vista diferente al establecido por los límites de la ley. Por otro lado, se presentan posiciones puramente teóricas de origen externo, principalmente, de la doctrina argentina, colombiana y española, en donde autores como Sebastián Soler, Edgardo Dona, Luis Carlos Pérez son citados reiteradamente en los trabajos de tratadistas ecuatorianos.

No es llamativo que en reconocidos estudios del derecho penal ecuatoriano se busque una explicación del delito de peculado desde su sentido etimológico o acudiendo a diccionarios básicos, como el de la Real Academia de la Lengua y de Guillermo Cabanellas, a fin de verificar su significado usual¹. Así, se ha llegado a entender que el delito de peculado es una apropiación o sustracción de bienes públicos realizada por el administrador de dichos recursos².

¹ TORO, H. y CISNEROS, C. "Análisis Preliminar de la jurisprudencia especializada en materia penal". Jurisprudencia Especializada Penal, Tomo I. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, pág. 20.

² GARCIA, José. "Qué es el peculado y cuáles son los sujetos activos de este delito". Disponible en: <https://www.derechoecuador.com/queacutecute-es-el-peculado-y-cuales-son-los-sujetos-activos-de-este-delito>.

Estos elementos de comprensión se han ido desarrollando ya sea en la ley y en la jurisprudencia, así como en la doctrina, motivados especialmente por los cambios políticos y las necesidades institucionales del Estado ecuatoriano. Esto dado que el aumento de los casos de corrupción y su falta de sanción en el plano práctico han constituido impulsos para la reforma legal del peculado.

1.1. Concepción legalista basada en la tipificación del peculado.

La concepción legalista del peculado es la más controversial. Desde la doctrina penal ecuatoriana se ha señalado cuál es la interpretación más adecuada de los elementos del tipo penal de peculado. El tratadista ecuatoriano Luis Cueva Carrión, autor de una de las principales obras sobre peculado, al criticar una resolución administrativa que declaraba la existencia de indicios de peculado en un acto de manejo de fondos públicos, afirmó: “No existen, ni remotamente, los elementos típicos que constituyen el delito de peculado, por lo que podemos concluir que los mencionados funcionarios (...) no tuvieron ni siquiera la ocurrencia de consultar el Código Penal”³.

Esto denota cómo la concepción legalista del peculado intenta calificar ciertos hechos como peculado o no. De esta forma, en la cita expuesta, se denota que no cabe una interpretación por fuera de la Ley, de los alcances y contenidos de la norma que lleva necesariamente a afirmar que el conocimiento del derecho respecto al peculado necesariamente debe buscarse en el estudio del delito: “...es imprescindible estudiar el delito de peculado en sus elementos constitutivos, en su unidad...”⁴ ya que según Cueva Carrión: “la esencia del delito consiste en su existencia tipificada en la ley”⁵.

Es tan fuerte esta concepción legalista del delito que se ha llegado a concluir que sin tipicidad no hay delito de peculado⁶. Lo cual, si bien es concordante con la concepción imperante del principio de legalidad, se vuelve desorientador respecto a lo que se debe de entender por peculado dadas las múltiples contradicciones normativas que han sido introducidas en la reforma legal del peculado.

1.2. Concepción teórica basada en contribuciones doctrinales externas.

Dejando de lado una interpretación centrada en los elementos del tipo penal, se contraponen otra posición que tiene en cuenta la opinión del garantismo penal, que no se conforma con un abordaje abstracto de los delitos, sino que se concretiza a los bienes jurídicos tutelados en cada caso específico. De esta manera, se identifica que la esencia del peculado no tiene que ver con sus verbos rectores, sino con la violación al deber de fidelidad en el manejo de recursos públicos al que está obligado el servidor estatal⁷.

Si bien este criterio es menos legalista, sí está sujeto a otro fundamento: en la obligación del servicio público al buen manejo de los recursos confiados debido a su función, lo cual está unido al concepto de eficacia y transparencia en la administración pública. Esto lleva a afirmar que el peculado no es un simple delito contra la propiedad pública, sino que es una infracción que afecta a la Administración Pública como bien jurídicamente protegido.

En este sentido, se ha citado en la bibliografía ecuatoriana a autores como Carlos Creus y Edgardo Dona como fundamento teórico para solidificar la posición de que el peculado protege, ante todo, la eficacia de la administración pública en el manejo de los recursos.

³ CUEVA CARRION, L. *Peculado*. Tomo I Ediciones Cueva Carrión: Quito, 2006, pág. 169.

⁴ CUEVA CARRIÓN, L. pág. 170.

⁵ CUEVA CARRIÓN, L. pág. 78.

⁶ BODERO, E. *Derecho Penal Básico*. Boderó: Quito. Pág. 293.

⁷ CUEVA CARRIÓN, L. pág. 81-84.

Esto ya sea desde la condición de legalidad que deben gozar los actos administrativos o desde la acción u omisión en el cuidado necesario de los recursos⁸.

Por consiguiente, esta doctrina del peculado como conducta prohibida que protege la eficacia en el manejo de recursos públicos se aleja de la concepción que, siguiendo a Soler, definía al peculado esencialmente como un abuso de fondos públicos y que, por tanto, sancionaba la adecuación típica de esos actos. El cambio de percepción de este delito se da, principalmente, por la influencia de la doctrina colombiana que afirmaba que el bien jurídico protegido en este delito no era la propiedad pública, sino la eficiencia y honestidad en el ejercicio de la administración pública⁹.

2. TIPIFICACIÓN DEL PECULADO EN LA LEGISLACIÓN PENAL

2.1. Tipificación del peculado anterior a la vigencia del Código Orgánico Integral Penal

El problema esencial de la legislación ecuatoriana respecto al peculado como tipo penal se puede encontrar en su denominación. Así, en los primeros códigos penales que rigieron en el Ecuador, si bien se sancionaba el abuso o malversación de caudales públicos, no es sino a partir del Código Penal expedido en 1971 cuando el legislador denominó como peculado a dichos actos perjudiciales al patrimonio público.

Sin embargo, se debe considerar que la designación como “peculado bancario” había aparecido en la jurisprudencia ecuatoriana para distinguirla del peculado propiamente dicho. Esto, especialmente, con la ampliación del sujeto activo de la infracción que, en la reforma penal de 1941, se había realizado hacia los empleados que manejaban recursos de los bancos y cajas de previsión social¹⁰.

El primer Código Penal de 1837 sancionaba el extravío, usurpación y malversación de caudales públicos. En el Código Penal de 1872, de influencia francesa, se extendía el abuso a dineros públicos o privados. Este delito solo podía ser cometido por servidores públicos en virtud del cargo del funcionario que se ve involucrado en este delito. De esta forma, el tipo penal tenía tres elementos:

- Sujeto activo de la infracción: funcionario público.
- Verbo rector: abusar de recursos públicos.
- Condición: que los efectos públicos se encuentren en poder del funcionario “en virtud o razón de su cargo”¹¹.

Siendo importante resaltar que es en la expedición del Código Penal de 1938 que, a más de aumentar la pena de reclusión menor de 3 a 6 años a reclusión mayor de 4 a 8 años, se agrega una norma explicativa del abuso de dineros públicos, indicando el legislador: “ya consista el abuso en desfalco, malversación de fondos, disposición arbitraria o cualquier forma semejante”¹². Esto motivó a que se realicen variadas interpretaciones respecto a las *formas indeterminadas* en las que podía materializarse el peculado en un hecho delictivo.

⁸ ENCALADA, P. El delito de peculado. Disponible en: <https://www.derechoecuador.com/el-delito-de-peculado>.

⁹ GOMEZ MENDEZ, A y GOMEZ PAVAJEAU, C. *Delitos contra la administración pública*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. pág. 19-20.

¹⁰ CUEVA CARRIÓN, L. pág. 121-122.

¹¹ PÉREZ BORJA, F. *Apuntes para el estudio del Código Penal*. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito. pág. 50-51.

¹² CUEVA CARRIÓN, L. pág. 118.

En el Código Penal de 1971, se generaliza como peculado a todo el contenido del Art. 257 y se hace constar una definición legal de malversación, como: “la aplicación de fondos a fines distintos en el presupuesto respectivo, cuando este hecho implique, además, abuso en provecho personal o de terceros, con fines extraños al servicio público”¹³. Dando lugar, esta reforma, a una verdadera confusión entre peculado y malversación con efectos interpretativos nocivos cuando posteriormente se derogó dicha definición legal.

La reforma penal de 1985 ensombrece aún más la comprensión legal del peculado cuando agrega nuevos tipos penales que parten esencialmente de la configuración normativa que preceptuaba el Art. 257 del Código Penal. Así, se incluye la sanción, por un lado, de la utilización de información en beneficio propio o de terceros de trabajadores remunerados por el Estado; y, por otro lado, el ahora conocido como tráfico de influencias de la contratación pública. Estableciéndose de esta forma cuatro tipos diferentes de peculado: peculado asimilado a la malversación, el peculado de uso, peculado por aprovechamiento de información y el peculado por tráfico de influencias y, posteriormente en 1999, el peculado por la concesión u obtención de créditos vinculados.

En el año 2002, al expedirse la nueva Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado se creó un verdadero problema jurídico, al constar en esta ley una disposición derogatoria que expresamente deja sin efecto jurídico el Art. 393 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control que había sido publicada en 1977 y, en cuya norma, había sustituido el Art. 257 del Código Penal, que contenía la tipificación de la primera parte del delito de peculado. Por lo que la Corte Suprema de Justicia (hoy Corte Nacional de Justicia), en atención al Art. 121 de la Constitución de la República que establecía el deber de sancionar el peculado, declara la no afectación del Art. 257 del Código Penal y agregados que contenían los otros tipos de peculado¹⁴.

2.2. El peculado en el nuevo Código Orgánico Integral Penal.

El 10 de febrero del 2014 entró en vigencia en el Ecuador el nuevo Código Orgánico Integral Penal que, según su exposición de motivos, busca renovar las instituciones penales superando la influencia que el fascismo italiano había tenido en la expedición de los anteriores Códigos¹⁵. Además, el nuevo Código tenía como objetivo la integralidad legal a fin de que todas las normas de carácter penal estuviesen recopiladas en un solo cuerpo legal y no dispersas, y darle de esta forma una mejor aplicabilidad y utilización de la norma penal.

Respecto al peculado, a este se lo ubica en el Art. 278 del nuevo Código, clasificándolo acertadamente como un delito contra la eficiencia de la administración pública, conteniendo los siguientes elementos constitutivos del tipo:

- A. SUJETO ACTIVO: Se establecen dos tipos de sujetos en este delito:
 - a. Peculado propiamente dicho: Servidores públicos, personas que ejercen potestades estatales y proveedores del Estado.
 - b. Peculado bancario (impropio): administradores, ejecutivos o empleados del sistema financiero nacional (público y privado).
- B. VERBOS RECTORES: abusar, apropiarse, distraer o disponer.
- C. OBJETO: bienes o dinero público.
- D. CONDICIÓN: Que los bienes o dinero público estén bajo la administración o cuidado del servidor público por efectos del ejercicio de su cargo.

¹³ Código Penal. Lexis. Disponible en: http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_penal.pdf.

¹⁴ CUEVA CARRIÓN, L, pág. 142 y 143.

¹⁵ Código Orgánico Integral Penal. Corporación de Estudios y Publicaciones: Quito, 2021, pág. 2.

- E. FINALIDAD: Obtener un beneficio propio o de terceros.
- F. PENAS: Se establecen diferentes tipos de penas:
 - a. Penas privativas de la libertad: De 5 a 7 años (utilización de trabajadores pagados por el Estado, aprovechamiento de información). De 7 a 10 años (obtención de créditos vinculados y sus beneficiarios). De 10 a 13 años (como pena genérica del peculado y agravante de dicha conducta)
 - b. Inhabilitación permanente para el ejercicio de cargos públicos y entidades financieras.

En vista a lo cual, se puede verificar que la actual tipificación del delito de peculado realiza un intento de unificación normativa del correspondiente tipo penal, ya que todo su contenido, tipos y condiciones se agrupa en su artículo; notándose que el legislador ha tratado de normar todas las posibilidades delictivas que se puedan producir en la administración de recursos públicos. Además, se agrega el agravante de la comisión del peculado aprovechándose de declaratorias de estado de excepción o emergencia o utilizando bienes destinados a servicios públicos de salud, educación o vivienda. Esta implementación normativa estuvo motivada por los casos de corrupción suscitados en tiempos de pandemia y que consta en la Ley Orgánica reformativa del Código Orgánico Integral Penal en materia anticorrupción de febrero del 2021¹⁶.

2.3. Tratamiento del peculado en la Constitución de la República del Ecuador

En la Constitución de la República del Ecuador, codificada en 1997, constaba en su Art. 74A la inhabilitación para ejercer cargo o dignidad de elección popular a los ciudadanos que hayan sido procesados por peculado, evidenciándose así la importancia que el constitucionalista ecuatoriano le confería a este delito.

Con la expedición de la Constitución Política de la República del Ecuador en 1998, se incluye por primera vez en el texto constitucional una referencia específica al peculado como delito que sanciona el accionar de los funcionarios públicos en general y a los de elección popular. Precisándose, además, dos principios constitucionales en relación con el peculado: la imprescriptibilidad de la acción penal para perseguirlo y el juzgamiento en audiencia, los cuales se mantienen hasta la actualidad¹⁷.

A partir de esta Constitución (1998) también se configura el peculado impropio, es decir, la extensión de la responsabilidad penal a las personas que, no teniendo la calidad de servidores públicos, participan y se benefician de la infracción. Con esto, se sentó la base constitucional para la tipificación del peculado bancario que se produce en la reforma del Código Penal de 1999, la cual contempla la integración al tipo penal de peculado a los funcionarios, administradores o ejecutivos del sistema financiero nacional privado¹⁸.

La Constitución del 2008, en vigencia, a más de ratificar los principios constitucionales mencionados, establece en su Art. 3, numeral 8 como deber primordial del Estado la garantía a sus habitantes del derecho a vivir en una sociedad libre de corrupción¹⁹. Esto constituye una directriz fundamental para la construcción de las leyes y el ejercicio de las funciones en la administración del Estado, cuya ineficiencia castiga el delito de peculado.

3. EL PECULADO EN LA JURISPRUDENCIA

¹⁶ Ley Orgánica Reformativa del Código Orgánico Integral Penal en materia anticorrupción. Asamblea Nacional del Ecuador. Registro Oficial Nro. 392, Suplemento. 17 de febrero del 2021.

¹⁷ Art. 233, inciso segundo de la Constitución de la República del Ecuador en vigencia.

¹⁸ Código Penal. Evolución Normativa. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1999, pág. 43.

¹⁹ Constitución de la República del Ecuador. Ediciones Legales, Quito, 2020, pág. 3.

La Jurisprudencia en el Ecuador se puede dividir de acuerdo con los cambios políticos y constitucionales que han afectado la integridad del máximo órgano de administración de justicia conocido hasta el 2008 como Corte Suprema de Justicia y, posteriormente, como Corte Nacional de Justicia. Así se tiene, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia desde el periodo de cooptación²⁰ iniciado en la reforma constitucional de 1997 hasta el 2008 en el que se establece una nueva forma de elección de los jueces de este organismo; y, la jurisprudencia de la actualmente conocida como Corte Nacional de Justicia, que transcurre desde el año 2008 hasta la presente²¹. Sin embargo, a diferencia de la producción jurídica de la actual Corte Nacional de Justicia en torno al peculado, la jurisprudencia del primer periodo es la que mayor desarrollo dogmático generó sobre este delito, lo cual motiva a que esta sea actualmente la estudiada debido a la multiplicidad de enfoques sobre el peculado que se impulsaron a través de los fallos la anterior Corte Suprema de Justicia.

3.1. Respecto a los elementos del tipo penal del peculado

La Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de 2003 establece un criterio precedente respecto a la discusión doctrinaria que había tenido la naturaleza jurídica del peculado. Esto dado que adopta la posición de que este no es un delito de mera formalidad en la sustracción o abuso de recursos públicos que lo asemejaría a un delito contra la propiedad; sino que se trata de una infracción que sanciona la pérdida de la fiabilidad o confianza depositada en el funcionario que maneja fondos estatales. Indicando: “traicionando la confianza que un funcionario debe demostrar en el desempeño de sus actividades que, por su propia naturaleza, exigen responsabilidad en el servicio público orientado hacia el bien común...lo cual constituye el bien jurídicamente protegido en el delito de peculado...”²².

3.2. Respecto al sujeto activo de la infracción

La Primera Sala así como la Segunda Sala de lo Penal de la extinta Corte Suprema de Justicia del 2003, identificó en sus resoluciones las dos posiciones respecto a la aceptación de la responsabilidad penal de una persona que no sea funcionario público. Así, se adhirió a la tesis del tratadista colombiano Antonio Cancino Moreno, argumentando que, si bien el peculado es un delito propio al exigir que el sujeto activo de la infracción sea un funcionario público, también puede extenderse a la participación de cualquier persona, ya que la exigencia de funcionario público se refiere solo a la autoría²³.

Dichas Salas se referían, específicamente, a las personas que coadyuvaban o colaboraban en la ejecución del delito en forma principal, como se diría en una sentencia de 17 de diciembre del 2003: “practicando deliberada e intencionalmente acto sin el que no pudiera perpetrar la infracción”²⁴. Es decir, esta sentencia se refería a los que el actual Art. 42, numeral 3 del Código Orgánica Integral Penal reconoce como coautores, ya que el

²⁰ Procedimiento por el cual las vacantes producidas en la Corte Suprema de Justicia eran llenadas por candidatos elegidos por el resto de los magistrados titulares.

²¹ BASABE SERRANO, S. y LLANOS ESCOBAR, S. *La Corte Suprema de Ecuador en el periodo democrático (1979-2013): entre la inestabilidad institucional y la influencia política. América Latina Hoy [en línea].* 2014, 67 (), 15-63 [fecha de Consulta 22 de octubre de 2021]. ISSN: 1130-2887. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=30832160002>.

²² Sentencia de 8 de octubre del 2003 (R.O. 270 de 10 de febrero del 2004).

²³ ZAMBRANO PASQUEL, A. *Estudio Introductorio al as reformas al Código de Procedimiento Penal.* Corporación de Estudios y Publicaciones: Quito, 2009. pág. 6.

²⁴ Sentencia 17-diciembre-2003 (R.O. 14 de febrero del 2004).

anterior Código Penal, vigente a la época de expedición del fallo, no distinguía los tipos de autoría como lo realiza el Código vigente a la fecha²⁵.

Esta resolución judicial tuvo una gran incidencia práctica en la aplicación del delito de peculado, pues se dio en un tiempo en el que las normas constitucionales no tenían aplicación directa sino eran mencionadas o señaladas por un alto tribunal de justicia. Se indica esto, ya que la Constitución de 1998 ya disponía en su Art. 121 la aplicación de las normas del peculado a las personas que no estaban la calidad de servidores públicos. De este modo, la responsabilidad penal por peculado se extendió a los contratistas del Estado ecuatoriano que se benefician de los recursos públicos en forma indebida²⁶.

Una segunda posición que se tomó al respecto es la relativa a la imposibilidad de que una persona que no es servidora pública pueda ser responsabilizada por un delito de peculado. Este criterio fue sustentado por el Magistrado Carlos Riofrío Corral, que afirmaba: "...ni el incumplimiento de un contrato de construcción de obra pública o de prestación de servicio público, significa apropiación indebida de recursos de la entidad contratante"²⁷.

Así también, omitiendo la disposición constitucional que posibilitaba jurídicamente la persecución de personas que no ostenten la calidad de servidores públicos, desde la doctrina existían criterios opuestos. Esto con base en que dicha posibilidad violentaba el principio de legalidad ya que el ordenamiento jurídico solamente se refería a funcionarios del Estado, y se contradecía al mismo tiempo la prohibición de interpretación extensiva de la ley penal²⁸.

Una tercera posición, nació de la Sentencia contra del presidente del Consejo Municipal de Urcuquí, en la que se precisaba que dicha autoridad política en razón de su jerarquía tenía: "la potestad de dictar órdenes a funcionarios y empleados subordinados, encargados de administrar los recursos de la municipalidad y por ello con poder en razón de su cargo sobre aquellos bienes públicos..."²⁹. En tal sentido, la posibilidad de la influencia que podía ejercer el superior sobre los administradores directos de los recursos públicos era determinante para configurar su calidad de sujeto activo del delito de peculado.

3.3 El peculado como un delito esencialmente doloso en la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia.

La Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, que entró en funciones luego de la expedición de la nueva Constitución del 2008, amplió la comprensión del delito de peculado diferenciándolo de las demás infracciones penales. Así, en la Sentencia 1960-2014 se estableció que el peculado constituía un delito esencialmente doloso que no podía ejecutarse a través de la violación del deber objetivo de cuidado y que, por tanto, la conducta negligente de un servidor público en la administración de recursos públicos no es punible³⁰.

3.4 La necesidad de lesividad en la conducta atribuida como peculado.

Según el Código Orgánico Integral Penal para que una conducta sea penalmente relevante tiene que producir resultado: "lesivos, descriptibles y demostrables"³¹. Este criterio legal ha sido aplicado por la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia al peculado, pues

²⁵ Código Orgánico Integral Penal (Suplemento del R. O. 180 del 10 febrero 2014).

²⁶ Sentencia del 11 de noviembre del 2003 (R.O. 294 del 17 de marzo del 2004) y Sentencia del 25 de marzo del 2004 (R.O. 383 del 22 de Julio del 2004).

²⁷ Voto Salvado: 11 de noviembre del 2003 (R. O. 294 del 17 de marzo del 2004).

²⁸ Toro, Hernán y Cisneros, Carlos. Análisis Preliminar de la Jurisprudencia en materia penal. pág. 23.

²⁹ Sentencia de 29 de octubre del 2003 (R.O. 295 18 de marzo del 2004).

³⁰ Sentencia Nro. 1960-2014 de 24 de noviembre del 2014. Disponible en: <https://vlex.ec/vid/593106902>

³¹ Art. 22 del Código Orgánico Integral Penal.

en Sentencia 0966-2015 ha precisado que, a más de la verificación de la existencia de los elementos propios del peculado, es imprescindible determinar si la conducta causó daño; es decir, si existió perjuicio a la entidad en la que el servidor ejecutó el acto presumiblemente delictivo³².

III. EL PROCESO PENAL EN EL ECUADOR

1. TRANSFORMACIÓN DEL SISTEMA PROCESAL EN EL ECUADOR

El sistema procesal en el Ecuador sufre una profunda transformación en el año 2001, año en el cual entró en vigencia el Código de Procedimiento Penal³³ en cuyo Art. 251 contenía el axioma jurídico: “Si no hay acusación fiscal, no hay juicio”³⁴. De esto se deriva la caracterización que ha tenido el proceso penal ecuatoriano a partir de esa fecha, que pasa de un modelo inquisitivo centrado en la actuación del Juez instructor a la del Fiscal investigador y acusador.

Se parte de la idea que un sistema acusatorio es el mejor medio procesal para cumplir con el objetivo de garantizar el debido proceso, ya que se asume que la implantación de este sistema es compatible con dicha garantía, mejorando de la misma forma la celeridad y eficiencia en el trámite de los procesos³⁵.

Encontrándose diferencias notables entre los modelos inquisitivo y acusatorio, tanto a nivel teórico como práctico. Así, el inquisitivo se centra en el poder o autoridad pública del Juez que se traduce en esa potestad de decidir sobre el inicio y terminación del proceso, sin objeción o pretensión de ningún otro sujeto procesal³⁶. En el acusatorio, en cambio, el Juez deja de ser el protagonista del proceso y se convierte en la autoridad imparcial que ejerce el control de las actuaciones de las partes procesales: acusación y defensa.

Debe entenderse por sistema acusatorio al modelo procesal que se basa en una acusación, el cual tiene como característica especial que está conformado por la triada: acusador, acusado y juez, que procesalmente corresponde a las figuras del Fiscal, el defensor y Tribunal. Este último tiene como competencia la garantía de imparcialidad en la dirección del juicio y la expedición de la decisión judicial. Mientras que la Fiscalía cumple el rol de persecución penal a nombre del Estado y posibilita la separación de las funciones de juez encargándose de la acusación, características que lo distinguen del sistema inquisitivo en el que el juez cumple las dos funciones³⁷.

Esto implica una serie de innovaciones en el diseño del proceso, especialmente, en las funciones de los sujetos procesales y el Juez. En el proceso penal ecuatoriano, esto significó la introducción de nuevos roles como el Ministerio Público o Fiscalía, que tras cumplir una función observadora del proceso se convierte en el nuevo actor central, al otorgársele la atribución de dirigir la investigación preprocesal y procesal penal, así como la de decidir la acusación conforme lo estipula el Art. 195 de la Constitución de la

³² Sentencia Nro. 0966-2015 del 8 de Julio del 2015. Disponible en: https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/sala_penal/2015/RESOL%200966-2015-JUICIO%20NO.%201611-2014-PECULADO.pdf.

³³ Código de Procedimiento Penal. Suplemento del Registro Oficial Nro. 360 del 13 de enero del 2000.

³⁴ Código de Procedimiento Penal.

³⁵ FONDO JUSTICIA Y SOCIEDAD/FUNDACIÓN ESQUEL-USAID. *La evaluación del sistema procesal penal en el Ecuador*. Quito, 2002.

³⁶ ARAUZ ULLOA, M. *El nuevo Código Procesal Penal*. Revista de Derecho, pág. 2.

³⁷ ARMENTA DEU, T. *Sistemas procesales penales: la justicia penal en Europa y América Latina*. Marcial Pons, Madrid, 2012.

República del Ecuador. Además, con el cambio de sistema, se institucionalizó la defensa a través de la creación de la Defensoría Pública, que fue regulada en el Código Orgánico de la Función Judicial expedido en el 2009.

Se puede apreciar que la función de la Fiscalía en el sistema procesal acusatorio se vuelve relevante ya que le corresponde la investigación del hecho, la determinación de los partícipes del delito y la presentación de las pruebas, marcando los límites de intervención del Juez, a través del principio de congruencia. Por lo que, en este sistema, la autoridad judicial no puede resolver ni pronunciarse sobre asuntos que la Fiscalía no ha propuesto en el proceso penal³⁸.

Esta relevancia significa además que, dentro de un sistema acusatorio, no puede existir un proceso penal sin que haya sido previamente iniciado mediante el ejercicio de la acción penal por la Fiscalía. Con esto se establece una división de roles dentro del proceso, una función de impulso del proceso que ejerce el Fiscal y otra función de control de esa actividad que le corresponde al Juez³⁹. El balance procesal que se genera garantiza la imparcialidad del Juez en la resolución del proceso, en cuya decisión no podrá pronunciarse respecto a hechos o personas que el Fiscal no haya propuesto en su imputación o acusación⁴⁰.

Respecto a la actividad de los jueces, la implantación del sistema procesal acusatorio en Ecuador supuso un cambio de paradigmas en las atribuciones del Juez. Así, pasó de ser un juez sustanciador de la investigación penal que procuraba encontrar pruebas para condenar a la persona que había sido denunciado o detenida como sospechoso de un hecho delictivo, a ser juez garantista de los derechos de los sujetos procesales, constituyendo por tanto al Juez en un controlador de la actividad de los sujetos procesales en las diferentes fases y etapas del proceso penal.

Esa es la razón por la cual, el proceso penal en el sistema acusatorio se divide en etapas diferentes, fundamentalmente en la instrucción fiscal y el juicio, implementándose entre estas dos, una etapa intermedia conocida en la legislación procesal ecuatoriana como preparatoria de juicio⁴¹. Estas etapas en su conjunto articulan el proceso penal a fin de garantizar la celeridad y el debido proceso, en lo que se encuentran los derechos a ser juzgado en forma imparcial y defensa⁴².

2. REGLAS PROCESALES ESPECIALES PARA EL PECULADO

Ecuador, al igual que algunos países de América Latina, sufrió dictaduras de corte militar durante la década de los setenta del siglo pasado. Así, el 15 de febrero de 1972, se produce un golpe de estado por parte del comandante del ejército iniciándose un gobierno de corte nacionalista⁴³. En este sentido, en julio del mismo año se expide un Decreto Supremo (con fuerza de ley) que establece nuevas reglas para el juzgamiento de los delitos de peculado, creando tribunales especiales para su juzgamiento, llegando a otorgar competencia a las cortes militares⁴⁴.

³⁸ ARMENTA DEU, T. pág. 23.

³⁹ URBANO MARTINEZ, J. *El control de la acusación: una reflexión sobre los límites del poder de acusar en el estado constitucional de derecho*. Universidad Externado de Colombia: Bogotá. 2013. págs. 33-43.

⁴⁰ ARMENTA DEU, T. pág. 35.

⁴¹ Código de Procedimiento Penal.

⁴² Constitución de la República del Ecuador.

⁴³ SALVADOR LARA, J. *Breve historia contemporánea del Ecuador*. Fondo de Cultura Económica de España, 2011. pág. 284.

⁴⁴ CUEVA CARRIÓN, pág. 139.

Estas medidas normativas sirven como antecedente para comprender los cambios procesales que se realizaron en el Ecuador en relación con el delito de peculado. Particularmente, en la Constitución de 1998 se declara que la acción penal para perseguir el delito de peculado es imprescriptible⁴⁵ y que su juzgamiento se puede producir en ausencia⁴⁶. Esta norma constitucional es excepcional respecto al marco legal que rige el proceso penal ecuatoriano y denota el énfasis que el constituyente quiso dotar a la efectividad en la persecución y sanción de la corrupción pública evitando su impunidad.

Ahora bien, siguiendo las normas imperantes en dicho tiempo, le correspondía a la Contraloría General del Estado, órgano de control de la administración de recursos públicos en el Ecuador, establecer la existencia de indicios de responsabilidad penal previa la realización de auditorías al manejo de dichos recursos. De esta forma, se originó un requisito de admisibilidad de la acción penal para que pueda perseguirse procesalmente el delito de peculado, ocasionando problemas procesales para la tramitación de los procesos de peculado en Ecuador que incidieron en la sanción de dicho delito.

3. PROBLEMAS PROCESALES

El Código de Procedimiento Penal, que reguló el sistema acusatorio desde su entrada en vigor el 13 de Julio del 2001, no estipuló ninguna cortapisa legal que pueda obstaculizar la labor de la Fiscalía en la investigación de los delitos. Sin embargo, el 12 de junio del 2002 se expide la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, en cuyo Art. 31, numeral 34, determina la facultad de esta institución de establecer indicios de responsabilidad penal en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito. A su vez, en el Art. 65 de la ley referida, se establece que dichos indicios estarán contenidos en un informe que será remitido al Ministerio Público para que se ejercite la acción penal por las mencionadas infracciones.

Por consiguiente, la expedición de los llamados informes de indicios de responsabilidad penal por parte de la Contraloría General del Estado, comenzaron a ser tomados en consideración en el trámite de los procesos penales como un requisito de procedibilidad de la acción penal, en atención a la facultad de control de esta autoridad. De esta manera, la facultad de determinación de indicios de responsabilidad penal que la ley otorgaba a la Contraloría General del Estado entró en conflicto en el trámite de los procesos penales por peculado, con las atribuciones de investigar y ejercer la acción penal pública que la Constitución confirió a la Fiscalía General del Estado.

Posteriormente, el Contralor General del Estado en consulta de 28 de diciembre del 2009 dirigida a la Corte Nacional de Justicia, solicitó se absuelva si el informe de indicios de responsabilidad penal constituye requisito de procedibilidad de la acción penal por dichos delitos. Ante lo cual, la Corte Nacional de Justicia de Ecuador, de conformidad con sus atribuciones legales, expidió la Resolución de 24 de febrero del 2010, disponiendo que el informe de indicios de responsabilidad penal que emite la Contraloría General del Estado sea considerado como requisito previo para el ejercicio de la acción penal en los delitos de peculado y enriquecimiento público.

De la misma forma, esta resolución fue recogida posterior por la legislatura, incluyéndola en el Art. 581 del Código Orgánico Integral Penal (vigente desde el 10 de agosto del 2014) como un requisito de procedibilidad procesal de la acción penal. En el año 2010,

⁴⁵ VASQUEZ, F., NARVAEZ, C., GUERRA, M. y ERAZO, J. *La imprescriptibilidad de los delitos contra la administración pública: Caso ecuatoriano*. Iustitia Socialis. Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas. Año V. Vol. V. N°8. Enero – junio 2020.

⁴⁶ Art. 121 de la Constitución del Ecuador de 1998.

la Fiscalía General del Estado demandó su inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional, argumentado que el referido informe es un documento que contiene meros indicios no vinculantes para la investigación, que atenta a las atribuciones constitucionales de la Fiscalía y que violenta el derecho a la seguridad jurídica al depender la acción penal de una facultad de control que, según la ley tiene caducidad, desvirtuando la imprescriptibilidad establecida en la Constitución para los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito. Esta demanda no fue admitida por la Corte Constitucional, por lo que no se entró a resolver sobre los puntos de derecho alegados.

Luego de lo cual, la conformación de 2019 de la Corte Constitucional de Ecuador en Sentencia Nro. 5-13-IN/19 de 2 de Julio de 2019, por considerar que la imposición normativa de dicho presupuesto de procedibilidad atentaba contra los derechos de igualdad y no discriminación y al compromiso constitucional de combate a la corrupción, declaró la inconstitucionalidad de la mencionada Resolución de la Corte Nacional y del inciso correspondiente del Art. 581 del Código Orgánico Integral Penal. De esta manera, se reconoció al informe de indicios de responsabilidad penal únicamente por su calidad de medio de conocimiento de la infracción, es decir, de similar valor procesal al de la denuncia y al parte policial.

Por consiguiente, es innegable que la decisión que ha tomado la Corte Constitucional, sobre la no exigencia del informe de indicios de responsabilidad penal como requisito obligatorio para el ejercicio de la acción penal en el Ecuador, tiene amplias repercusiones en el plano procesal y en los mismos resultados de la justicia penal en la lucha contra la corrupción pública.

IV. CONCLUSIONES

Se pueden realizar tres conclusiones importantes. La primera, referida a las influencias doctrinarias de la comprensión del peculado. La segunda, respecto a la incidencia de los cambios políticos y constitucionales en el tratamiento del peculado tanto en su aspecto sustantivo como procesal. La tercera, en relación con la importancia que el legislador y las altas cortes en el Ecuador han dado al delito de peculado a fin de hacer más efectivo su investigación y sanción.

Se puede deducir la palpable influencia doctrinaria que ha tenido la concepción del delito de peculado en los tratadistas ecuatorianos, particularmente, de la doctrina colombiana. El entendimiento de los alcances del delito ha tomado dos caminos, por un lado, las interpretaciones puramente legalistas, reflejadas por las continuas reformas penales realizadas en el Ecuador en torno al delito de peculado. Por otro lado, tamizado por la influencia de doctrinas del derecho penal extranjero, especialmente el español, por la cual inicialmente el delito fue denominado en el primer código penal ecuatoriano de 1837 como malversación de caudales, siguiendo la línea de redacción del Código español de 1822 para, posteriormente, ser identificado en el Código Penal ecuatoriano de 1971 como peculado. Esto de acuerdo con la denominación de este delito que realizan las legislaciones colombiana, brasileña y peruana, en las cuales se deja de lado el término malversación como una modalidad de dicho delito. Por ello, con el nuevo Código Orgánico Integral Penal en el 2014 y con la supresión de esta modalidad, se llegó a pensar que la malversación había dejado de ser delito en el Ecuador, creando dudas sobre el alcance práctico de la norma.

Así mismo, los continuos cambios políticos que se han producido en el Ecuador han motivado la expedición de nuevas Constituciones o reformas a la misma. Cada una de las Constituciones originadas a partir de la incorporación del Ecuador al sistema democrático en 1978 han establecido una referencia particular al peculado como figura delictiva propia

del mal manejo de los recursos públicos, extendiéndose posteriormente a los administradores del sistema financiero privado y los contratistas del Estado.

No es menos cierto que las estipulaciones constitucionales respecto al peculado hayan sido suficientemente efectivas en la lucha contra la corrupción. Sin embargo, sí es posible destacar que el problema de la falta de sanción de la corrupción pública ha sido una constante preocupación del constituyente y el legislador al momento de estipular los cuerpos normativos. Un ejemplo de aquello está en los continuos cambios que se ha producido en la legislación penal y procesal respecto a los delitos que afectan a la administración pública.

El otro aspecto, es labor de la actual Corte Nacional de Justicia (anterior Corte Suprema de Justicia) generar desarrollo de los argumentos jurídicos que sustenten una mejor comprensión del peculado, ya sea desde los elementos de orden dogmático que lo integran, de su diferenciación dolosa o de la lesividad que necesariamente debe mantener la ejecución de la mencionada infracción. Esta comprensión es necesaria para la interpretación del peculado por parte de los operadores jurídicos, quienes deben aplicarla en la investigación y juzgamiento de dichos actos que muchas veces se enfrentan a normas demasiado abiertas o generales.

Así también, es resaltable la incidencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional ya en el orden procesal, en la que ha aclarado en forma expresa el panorama respecto al problema que constituía el informe de indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado como requisito de procedibilidad de la acción penal. Esta decisión ha posibilitado un mayor margen de actuación de la Fiscalía en el ejercicio de su potestad investigativa.

Por último, es menester considerar también la relación intrínseca entre el peculado desde su aspecto sustantivo con el adjetivo o procesal. Son dos ámbitos relacionados entre sí, que no pueden ser analizados en forma separada, pues los objetivos de la norma penal que tipifica el delito se ven necesariamente proyectados en la configuración procesal que se hubiere diseñado para el efecto. Esto obliga a plantear una hipótesis a futuro de si el peculado requiere una reestructuración procesal especial diferente a la de los demás delitos, debido especialmente a su naturaleza y a la calidad de las personas que se investiga o se juzga.

BIBLIOGRAFÍA

- ARAUZ ULLOA, M. El nuevo Código Procesal Penal. Revista de Derecho, Managua, 2002
- ARMENTA DEU, T. Sistemas procesales penales: la justicia penal en Europa y América Latina. Marcial Pons, Madrid, 2012.
- BASABE SERRANO, S. y LLANOS ESCOBAR, S. La Corte Suprema de Ecuador en el periodo democrático (1979-2013): entre la inestabilidad institucional y la influencia política. América Latina Hoy [en línea]. 2014, 67 5-63 [fecha de Consulta 22 de octubre de 2021]. ISSN: 1130-2887. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=30832160002>.
- BODERO, E. Derecho Penal Básico. Boderó: Quito, 1992.
- CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Código Orgánico Integral Penal, Quito, 2021.
- CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES, Código Penal, Quito, 2013.
- CUEVA CARRION, L. *Peculado*. Tomo I Ediciones Cueva Carrión: Quito, 2006, pág. 169, ISBN 978-9978-451-07-6.
- FONDO JUSTICIA Y SOCIEDAD/FUNDACIÓN ESQUEL-USAID. La evaluación del sistema procesal penal en el Ecuador, Quito, 2002.
- EDICIONES LEGALES, Constitución de la República del Ecuador, Quito, 2019.
- ENCALADA, P. El delito de peculado. Disponible en: <https://www.derechoecuador.com/el-delito-de-peculado> fecha de Consulta 22 de octubre de 2021].
- GARCIA, José. “Qué es el peculado y cuáles son los sujetos activos de este delito”. Disponible en: <https://www.derechoecuador.com/queacut-es-el-peculado-y-cuales-son-los-sujetos-activos-de-este-delito> fecha de Consulta 22 de octubre de 2021].
- GOMEZ MENDEZ, A y GOMEZ PAVAJEAU, C. Delitos contra la administración pública. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001.
- PÉREZ BORJA, F. Apuntes para el estudio del Código Penal. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1916.
- SALVADOR LARA, J. Breve historia contemporánea del Ecuador. Fondo de Cultura Económica de España, Madrid, 2011.
- URBANO MARTINEZ, J. El control de la acusación: una reflexión sobre los límites del poder de acusar en el estado constitucional de derecho. Universidad Externado de Colombia: Bogotá, 2013.
- TORO, H. y CISNEROS, C. “Análisis Preliminar de la jurisprudencia especializada en materia penal”. Jurisprudencia Especializada Penal, Tomo I, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2007.
- VASQUEZ, F., NARVAEZ, C., GUERRA, M. y ERAZO, J. La imprescriptibilidad de los delitos contra la administración pública: Caso ecuatoriano. Iustitia Socialis. Revista Arbitrada de Ciencias Jurídicas. Año V. Vol. V. N°8. Enero – junio 2020.
- ZAMBRANO PASQUEL, A. Estudio Introductorio a las reformas al Código de Procedimiento Penal. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2009.