

UNIVERSIDAD PARTICULAR SAN GREGORIO DE PORTOVIEJO



Artículo Científico previo a la obtención del título de Abogado

Título

Los recursos de la administración pública y el peculado como delito penal especial en Ecuador

Autores

Alcívar Menéndez Félix Andrés
Bustamante Briones Daniela Patricia

Tutora

Ab. Tania Muñoa Vidal, Mgs.

Portoviejo, Manabí, Ecuador

Octubre 2022 – Marzo 2023

Cesión de Derecho Intelectual

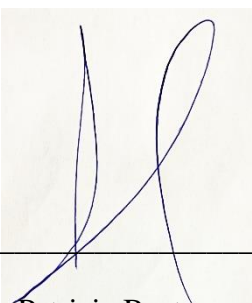
Félix Andrés Alcívar Menéndez y Daniela Patricia Bustamante Briones, declaramos ser los autores del presente trabajo investigativo, cuyo contenido es auténtico y original, que no infringe derechos de propiedad intelectual de terceros. En ese sentido, asumimos la responsabilidad correspondiente ante cualquier falsedad, ocultamiento u omisión de la información obtenida en el proceso de investigación.

De manera expresa cedemos los derechos de autor y propiedad intelectual del artículo científico “Los recursos de la administración pública y el peculado como delito penal especial en Ecuador”, a la Universidad San Gregorio de Portoviejo, para que publique el texto impreso y electrónico por ser la institución de Educación Superior que nos acogió en todo el proceso de desarrollo del mismo.

Portoviejo, 27 de marzo del 2023

f.  _____

Félix Andrés Alcívar Menéndez
C.C. 131424321-1

f.  _____

Daniela Patricia Bustamante Briones
C.C. 131039743-3

Título

Los recursos de la administración pública y el peculado como delito penal especial en

Ecuador

Public administration resources and embezzlement as a special criminal offense in

Ecuador.

Autores

Félix Andrés Alcívar Menéndez

Universidad San Gregorio de Portoviejo.

e.faalcivar@sangregorio.edu.ec

Daniela Patricia Bustamante Briones

Universidad San Gregorio de Portoviejo.

e.dpbustamante@sangregorio.edu.ec

Tutora

Ab. Tania Muñoa Vidal, Mgs.

Universidad San Gregorio de Portoviejo.

tmunoa@sangregorio.edu.ec

Resumen

El delito de peculado, no solo es la transgresión al deber de cumplimiento de funciones de la Administración Pública, sino también, la afectación a manera general a los ciudadanos dentro de un país; el resultado de este delito es lograr el desvío de fondos públicos a terceros o a manos privadas. Este delito no se ha originado dentro del mundo actual globalizado, sino que tiene ya su historia, pues desde la época romana fue considerado como uno de los delitos más graves, teniendo como sanción en esa época la pena de muerte. En Ecuador, desde hace algunos

años se han dado casos en contra de la eficiencia de administración pública, siendo juzgados y sentenciados desde ex presidente, vicepresidente, exministros y empresarios por haber cometido delito de peculado, defraudando recursos públicos. Tema que por la connotación a nivel país fue justificado su estudio tanto conceptual y jurídico, investigación que, en relación al objetivo determinó la valoración de la carga probatoria dentro de este delito; se aplicó la metodología cualitativa en base al análisis y la síntesis teórica de temas doctrinarios y normativos, lo que permitió establecer conclusiones referentes al peculado y el incremento que este delito ha tenido en Ecuador.

Palabras clave: Administración pública; delito; peculado; sistema penal ecuatoriano; valoración probatoria.

Abstract

The crime of embezzlement is not only the transgression of the duty to comply with the functions of the Public Administration, but also the general affectation of the citizens within a country; the result of this crime is the diversion of public funds to third parties or private hands. This crime has not originated in today's globalized world, but has its history, since Roman times it was considered one of the most serious crimes, having as a sanction at that time the death penalty. In Ecuador, for some years there have been cases against the efficiency of public administration, being judged and sentenced from former president, vice president, former ministers and businessmen for having committed the crime of embezzlement, defrauding public resources. This research, in relation to the objective, determined the evaluation of the evidentiary burden within this crime; the qualitative methodology was applied based on the analysis and theoretical synthesis of doctrinal and regulatory issues, which allowed establishing conclusions regarding embezzlement and the increase that this crime has had in Ecuador.

Keywords: Public administration; crime; embezzlement; Ecuadorian criminal system; evidentiary value; evidentiary assessment.

Introducción

El peculado, se lo determina como aquel perjuicio que se comete en contra de la administración pública, en el cual están inmersos el uso o abuso de manera personal de los recursos estatales de un país, por parte de funcionarios o servidores del Estado. García Falconí (2007), caracteriza al servidor público, como la persona a quien según su competencia está encargado de brindar un servicio y en atención a sus funciones podrá ejecutar procesos en los que maneje bienes muebles o dineros del Estado, siendo estas las circunstancias en las que el funcionario debe de aplicar su ética a fin de orientar estos bienes en beneficio de la ciudadanía o por el contrario optar por desviarlos, apropiárselos en beneficio propio o de terceros.

Desde el instante que un funcionario o servidor público, se apropia de bienes del Estado, se está ante una figura delictual de carácter especial, pues es de considerar que el peculado, como delito penal especial, requiere ser cometido por sujetos especiales, quienes tienen una cualidad distinta del resto de sujetos, además el nexo causal es en sí la condición especial del sujeto, pues a este se le han asignado atribuciones según sus competencias o funciones.

En Ecuador, durante la última década, se han denunciado diversos actos de corrupción, cometidos por funcionarios públicos, quienes investidos de su cargo han actuado en contra de la fe pública, concepción que a decir de Osorio (2015), es tomada de la vieja doctrina, en la que al peculado se lo clasificaba como propio o impropio, además, manifiesta que el peculado en la actualidad es uno de los delitos que encabeza la lista de daños que son provocados en contra de la administración pública por parte de los funcionarios del gobierno, quienes por su rango,

posición o competencia han abusado de su poder usufructuándose de bienes o fondos caudales, para su propio provecho, y con ello han afectado de manera directa a la economía del país.

El presente artículo se apoya en documentos conceptuales, teóricos y jurídicos, los cuales mediante su análisis se logra identificar el concepto de peculado, sus características y la determinación con la que se consigna al autor de este delito. Roxin (1997), en su teoría de manera específica señala al peculado, como un delito especial en materia penal, que transgrede el deber asumido, concepción que se encuentra establecido en el Código Orgánico Integral Penal dentro de los delitos contra la eficiencia de la administración pública, norma que establece a los sujetos activos, pasivos y al bien jurídico protegido, además, consigna a este delito como pluriofensivo. Por lo expuesto, el artículo centra como problemática la siguiente interrogante: ¿Se logra mediante las sentencias en los delitos de peculado, resarcir el daño ocasionado al Estado?

Justificando la interrogante en la gravedad del delito de peculado, sus características y la determinación de autoría, ya que este ilícito repercute a nivel país; así como, la efectividad en para lograr que las sentencias en procesos de peculado, cumpla con su objetivo tanto del cumplimiento del procesado a la pena como de la reparación integral, pues de lo contrario se desvanecerá este injusto, afectando negativamente al Estado y a los ciudadanos quienes observan como se desarrollan estos procesos.

Durante los años 2018 al 2020, se han presentado varios casos por delito de peculado, debido a ello se ha planteado un análisis jurídico que va orientado a ser un referente para otros estudios con temas similares, en donde se aborden el análisis de causas y su efectivo desarrollo procesal, para poder lograr la recuperación de fondos públicos mediante la ejecución de la

sentencia; debido a ello, el objetivo general planteado es determinar si con las sentencias emitidas en los delito de peculado, se ha logrado el resarcimiento al Estado ecuatoriano.

La viabilidad de la investigación y el método establecido radica en la facilidad de acceder a la doctrina y a las sentencias más relevantes emitidas durante los años 2018 al 2020, por cuanto existe investigación documental que contribuye con su sustanciación y aporta bases sólidas para la ejecución de este trabajo, el mismo que va concatenado entre la doctrina, el ordenamiento jurídico nacional e internacional, y las sentencias que servirán de referente.

La recopilación global de los temas analizados permitirá desarrollar de manera global los objetivos específicos planteados, los mismos que se encuentran definidos en la fundamentación jurídica y doctrinal sobre el peculado y sus características, y la identificación de la eficacia en la actividad probatoria basadas en sentencias emitidas en casos de peculado en el Ecuador que han sido de notoriedad.

Metodología

La investigación está desarrollada mediante el estándar de artículo científico de revisión y síntesis teórica, aplicando el formato IMRYD, bajo el método cualitativo, que permitió abordar mediante análisis el delito especial penal de peculado, es decir, poder plantear conceptos doctrinales y cuestionamientos sobre este delito en el Ecuador. Además, de evidenciar como la carga probatoria es de vital importancia dentro de estos litigios.

También, se aplicó el análisis documental, a través de la recopilación de información de fuentes primarias y doctrinarias, que versan sobre el tema del delito de peculado, su fundamentación legal en la norma penal ecuatoriana, siendo menester señalar que, al ser un estudio cualitativo, la investigación documental ha coadyuvado a cimentar jurídicamente el tema investigado.

Fundamentos teóricos

El peculado

Etimológicamente la palabra peculado deviene del vocablo latín *peculatus*, que significa caudal y es denominado así en el Derecho Romano, el cual era la conducta que determinaba la sustracción de dinero religioso, sagrado o público, así como su indebida retención para finalidades distintas a su destino y era catalogado entre los delitos grave y formaba parte de los crímenes capitales. También fue determinado en la Ley Julia, como *furtum pecuniae publicae*, que señalaba los robos sacrílegos o retenidos. Es así que el *peculatus* y su sanción, desde la época romana, estuvo vinculado a la detener la malversación o apropiación indebida de fondos públicos por parte de funcionarios de Estado.

Peña (2016), define al peculado como el delito cometido por parte de personas que ejercen actividades como servidores públicos, quienes en extralimitación de las responsabilidades que les han sido asignadas, hacen uso de bienes y recursos estatales en su propio beneficio o en el de terceros, generando perjuicios a las instituciones en las que laboran, esto es al Estado y por ende a la sociedad de manera general.

Paredes (2009), en relación al concepto de la palabra peculado, señala que este es el robo, sustracción o desvío de dineros públicos, derivado del aprovechamiento del puesto de poder o de la relación de confianza otorgada a funcionarios de gobierno para la protección y cuidado de bienes de tipo estatal.

García (2007), señala que el delito de peculado tiene como línea característica que es cometido por funcionario o servidor público, a quien, debido a sus competencias se le encargó bienes pertenecientes al Estado, quien faltando a toda norma y de manera voluntaria se apropia de ellos, con el fin de sacar provecho, provocando que los recursos estatales sean mal utilizados,

ocasionando con ello pérdidas que afectan al funcionamiento de las entidades públicas. Este delito puede darse de forma dolosa o culposa, siendo los dos casos imputables por la ley.

Cabanellas (2002), conceptúa la palabra peculado señalando que es la “sustracción, apropiación o aplicación indebida de los fondos públicos por aquel o a quién está confiada su custodia o administración” (pág. 176). Así mismo, Maggiore (1972), define al peculado como “la apropiación de dinero, de una cosa mueble, perteneciente a la administración pública, cometida por un funcionario público o por el encargado de un servicio público, que por razón de su cargo están en posesión de esos bienes” (pág. 528).

Las definiciones presentadas por los diferentes tratadistas sobre el delito de peculado, presentan características similares, determinándose en todas ellas que el responsable es un funcionario o servidor público, quien haciendo uso inadecuado de su posición o cargo, recurre de manera deliberada al uso indebido de bienes públicos, acción que repercute de manera negativa en el Estado y en los servicios que el servidor involucrado está llamado a brindar.

Dentro del análisis del delito de peculado y en consideración de que es un delito especial, se han expuesto diversas teorías, que llevan implícitas la relación de la autoría y la de la participación, reconociéndose como las de mayor relevancia, las emitidas por Binding, por Schünemann y por Roxin.

El delito de peculado como delito especial

Karl Binding, máximo referente en cuanto a la ciencia del derecho positivo y expositor de la “teoría de la norma especial”, en la que señalaba que la conducta delictiva no chocaba contra la ley penal, sino, contra la norma que permanecía ajena a la misma y de la que la ley era el instrumento que posibilitaba su conocimiento; es decir, para este doctrinario, la pena es la

pérdida de un derecho o de un bien jurídico, que el Estado impone al delincuente en nombre del derecho, con el fin de obtener satisfacción.

Además, Binding, indicaba que la norma tenía determinados momentos, en los que se podían observar que en ocasiones tenía como destinatarios a todos y en otros momentos solo a algunos, siendo en el último caso, en el que se pueden establecer que subyacen los delitos especiales. Cabe destacar que, este es denominado como un derecho de clase social, ya que se trata de quien tiene capacidad de acción sobre el bien jurídico, es decir, el bien jurídico que solo lo lesiona esa persona, por eso la norma no alcanza a todos.

Otra de las teorías es la del “Dominio del Hecho”, expuesta por Schönemann, quien establece que se logra alcanzar a todos, incluido al sujeto especial, pues es quien en específico lesiona directamente el bien jurídico o permite que se lesione, en cuyo caso también tiene el control, es decir, coloca como garante al sujeto especial respecto al bien jurídico.

Estas dos teorías, permiten observar una parte de la teoría de la autoría para los sujetos especiales, pero la teoría que tiene mayor aceptación tanto por la norma como por la doctrina es la que de autoría de Claus Roxin, quien definió a la “Teoría del Deber jurídico especial”, en donde explica que la norma se dirige a todos, pero en ocasiones hace énfasis en quien tiene una posición especial del deber.

Así mismo Roxin, expone sobre los “sujetos especiales”, detallando la existencia de los sufijos en latín del “intraeus” y el “extraneus”, que en el primero se habla de la persona que reúne la condición exigida en el tipo penal para ser autor, y en el segundo caso se lo define como el partícipe o cómplice, aquel que aunque no tenga el deber específico llega también a producir un daño al bien jurídico, en otras palabras, es el extraño o tercero que no reúne la condición para ser sujeto del tipo penal.

Roxin (1997), expone una doctrina compleja e interesante, pero la más viable para entender los delitos especiales y la participación de los sujetos en los delitos especiales, puesto que determina que existen deberes penales de carácter especial que estarán bajo custodia de ciertos individuos indicados por la ley, en razón de que son “deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma y que, por lo general, se originan en otras ramas jurídicas” (pág. 387).

En atención a lo dicho, la teoría de la participación, señalada por Roxin, se apega a la idea de lo que en sí es el delito de peculado, pues el autor es el obligado a tener cuidado frente al bien jurídico, y este es un funcionario público, quien tiene la relación especial con el tipo del injusto, pero puede existir un tercero en calidad de cómplice, que no va a cumplir precisamente con las condiciones para ser autor.

Clasificación del delito de peculado

En relación a la clasificación del delito de peculado, Carrera (1995), los clasifica como peculado propio e impropio, realizando con ello una distinción. Sobre el peculado propio, manifiesta que esta es la retención de los asuntos públicos por parte del sujeto encargado de la función oficial, por tanto, es quien tiene los bienes adquiridos bajo su tutela o custodia, y está obligado a mantenerlos y reponerlos; mientras que, el peculado impropio, es la infracción que atenta contra el bien público, que se da cuando una persona a quien no se le ha sido confiada la administración de bienes públicos los hurta o se apropia de ellos.

Loor (2020), sobre el peculado propio, lo refiere como el tipo penal, el cual presenta el elemento objetivo, que es el sujeto activo, el cual siempre será un funcionario público. Por lo tanto, lo señala como un delito penal especial propio, puesto que, no basta solo haber sido servidor público, sino también haber tenido el dominio, la gerencia, discernimiento o resguardo de bienes públicos, requiriéndose con ello la existencia de una relación funcional específica.

En el delito de peculado se pueden observar que existen diferentes clases para su determinación, siendo estas el de peculado por apropiación, el de uso, el peculado por error ajeno, por aplicación oficial diferente, por extensión y peculado culposo.

Paredes (2009), indica el peculado como tipo penal su verbo rector es el de “apropiación”, ello significa que el bien sale de la esfera de custodia o de dominio del Estado, y es ubicado en la esfera de dominio del autor del delito, lo que deviene que el funcionario o servidor público toma o se apropia de los bienes que le fueron encomendado y los utiliza para su propio beneficio.

En referencia al “peculado por uso” o “por uso indebido”, es aquel ejecutado por aquellos funcionarios públicos que utilizan los bienes del Estado, sean estos teléfonos, vehículos, computadores, copadoras, etc., para un fin distinto al cual han sido entregados, es decir le dan un uso inadecuado, adecuando la conducta al uso indebido de dichos bienes. En este tipo de conducta no existe la apropiación sino más bien un abuso de confianza.

Bodero (1992), refiere que este tipo de conducta no puede ser adecuada como peculado, pues no existe el *Animus Rem Sibi Habendi*, es decir, la intención de tener una cosa como de su propiedad o hacerla suya, pues para que exista y se configure el delito de peculado el funcionario debe de actuar con el ánimo de apropiarse o hacerse dueño del bien.

Salinas (2011), refiere que en el delito de peculado existe la intención maliciosa de aprovecharse de los bienes o fondos públicos, lo que, en cuanto al peculado por error ajeno, carece de la intencionalidad del funcionario de cometer el ilícito, sin embargo, aunque no posee el patrimonio público, debido a un error de un tercero le llega para su guarda, y es en virtud de ello que ocurre la apropiación y por lo tanto el dolo que configura este delito. Es decir, aunque no haya existido la intención de apropiarse de bienes o patrimonios públicos, en el momento en

el que le son transferidos por terceros decide aprovecharlos y hacer uso de ellos, aun conociendo que es una posesión indebida; lo correcto sería, que al recibir de manera errada los bienes, informe de ello a sus superiores o a las autoridades respectivas y los devuelva.

Alarcón (2020), sobre el peculado por extensión y peculado por error ajeno, señala que por en el peculado por extensión el accionante es una persona común quien se apropia del bien público de manera indebida, dejando el protagonismo del servidor público a un lado; lo que, en el caso del peculado por error ajeno, la titularidad de la acción está reservada al servidor público.

Cueva (2006), en cuanto al peculado por aplicación oficial diferente, señala que este se lo determina en la orientación o el uso que se le da al bien público, es decir, que el funcionario no acata la disposición o aplicación oficial al cual se le ha destinado un bien, sino, que la destina para una forma distinta, pero en bien o beneficio del Estado. Aunque el servidor público no se lucra irregularmente de los recursos gubernamentales, si existe irregularidad en la administración, pudiendo con ello perjudicar al patrimonio estatal.

El Código Orgánico Integral Penal (2014), en los casos de peculado por uso indebido, el verbo rector es “usar indebidamente”, lo que significa que el servidor no se ha apropiado de los bienes, pero sí los ha utilizado de una forma incorrecta, diferente a su propósito oficial, realizando por ello una distinción entre aquellos que se han apropiado de los bienes, que es peculado por apropiación, y las personas que simplemente los han usado de forma indebida, reflejado en penas diferentes.

En referencia al peculado culposo, Cancino (1994) determina que este sucede cuando un funcionario público de manera descuidada, imprudente o negligente permite que se pierdan o se dañen bienes del Estado que han sido confiados a su cargo, es decir, que por su culpa los bienes entregados a su custodia han sido sustraídos o se han dañado.

Características del delito de peculado

Rojas (2020), señala que existen diversos delitos cometidos en contra de la administración pública, y en este catálogo se encuentra el delito de peculado, que tiene como característica esencial que la víctima principal es el Estado y que será ejecutado por servidores públicos en funciones, quienes actuaron en razón de sus competencias, no pudiendo ser en ningún caso una persona particular.

Como aspecto importante en el delito de peculado, es la persona que incurre en este delito, es decir, el sujeto activo que comete la acción, que en este caso es el funcionario o servidor público, debiéndose considerar lo determinado en la Ley Orgánica de Servicio Público (2010), en el artículo 4 señala que “Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público” (pág. 7).

La norma es clara y precisa, pues en ella se determina que quien colabore o ejerza cargos gubernamentales o estatales son considerados servidores públicos, incluidos quienes hayan sido elegidos por votación popular y por ende se le confieran la responsabilidad de administrar o cuidar bienes del Estado, bajo esta facultad están obligados a protegerlos, en el caso que violen este deber de lealtad y responsabilidad y hagan uso incorrecto de los bienes estarían incurriendo en el delito de peculado.

Elementos del peculado

Cabe señalar que entre los elementos del delito de peculado es la relación vinculante entre este y el servidor público, quien ejercerá la acción delictual la que será cometida durante el ejercicio de sus funciones, la misma que se encuentra observada en el artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal, norma que determina que este delito es cometido únicamente por los

servidores públicos, teniendo como finalidad el obtener un lucro por medio de bienes del Estado y con ello falla el deber de confianza el cual el Estado le otorgó.

En consideración a estas normas se puede expresar que, en el delito de peculado, el sujeto activo mantiene una calificación especial en relación con el bien jurídico protegido, siendo estos sujetos los funcionarios, servidores públicos, administradores, ejecutivos o empleados de las diferentes instituciones estatales. Sobre el verbo rector del delito de peculado, determina que por su estructura este presenta una multiplicidad de verbos rectores.

El artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal (2014), define como verbos rectores “apropiar, distraer, o disponer arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo” (pág. 106).

En referencia al verbo rector, se puede manifestar que el delito de peculado es el de apropiación, el cual es transitivo pues es un delito de resultado. El bien jurídico, es por ende los recursos estatales a los que deben de dársele correcta administración y protección; también se puede considerar el de evitar el abuso de poder y las irregularidades por parte de funcionarios públicos frente a su deber de cuidado y de administración correcta del patrimonio del Estado, por último, la protección de la sociedad en general.

Con las consideraciones expuestas, se puede manifestar que el bien jurídico protegido es en sí la necesidad de un bienestar común para y por la sociedad, mediante el buen desarrollo de actividades administrativas estatales y por ende de los bienes del Estado, así también, se debe observar que se trata de las condiciones valiosas en las que se concretizan los presupuestos imprescindibles para una existencia en común dentro del Estado.

Empero, el delito de peculado se presenta con característica *sui generis*, pues al hablar del bien jurídico protegido, no se puede obviar del carácter pluriofensivo cometido por el servidor público, pues no solo es el desempeño de la función pública la que es transgredida, sino también que se lesiona el bien jurídico en cuanto a la propiedad. Por lo que, se está frente a diferentes daños causados al Estado.

Fundamentación normativa

El delito de Peculado en el Ecuador se encuentra tipificado en el artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal (2014), el cual lo define:

Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, en beneficio propio o de terceros; abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años (pág. 106).

De tal manera, el delito de peculado corresponde a los delitos en contra la eficiencia de la administración pública, y según el artículo 75 del COIP, que refiere acerca de la prescripción de la pena un punto muy importante frente a este delito y es que este no quedará en la impunidad dado que es un delito imprescriptible, es decir, que este no perderá su vigencia ni validez; declarándose que en este delito, que es cometido por un funcionario público en contra de la eficiencia de la administración pública, dicho funcionario va a ser investigado por el tiempo que sea necesario, para que así no quede en una mera injusticia, por lo tanto, quien cometa este delito va a ser perseguido por tiempo indeterminado.

Sobre la prescripción de la pena, Cabanellas (2002), la define como la extinción o pérdida de la responsabilidad o los efectos penales mediante el transcurso de tiempo, sin embargo, la prescripción de la pena para el delito de peculado no aplica, ya que se encuentra respaldado por la Constitución de la República del Ecuador (2008), que en su artículo 233 señala que es imprescriptible y que en los juicios sobre peculado el proceso se puede proseguir aún en ausencia de los procesados.

Es importante hacer énfasis, que si bien es cierto dentro de los juicios es necesaria la presencia de la persona que está siendo juzgada, pero en casos como el delito de peculado, existe esta particularidad de que la presencia de la persona que cometió este delito, no es necesaria para el juicio, ya que podrá ser juzgada así no se encuentre presente, cabe recalcar que la norma es clara al mencionar que esto también va dirigido a quienes participen en el cometimiento de este delito, aún sin cumplir la calidad de servidor público.

En pocas palabras se está frente a un delito en el que los juicios podrán seguir su curso aun cuando las personas involucradas, es decir, los sujetos activos no se encuentren, por tanto, el juicio seguirá adelante con o sin los acusados, esto en razón de ser un delito de interés general y sobre todo para el Estado. Considerando además que es deber primordial del Estado el garantizar a los ciudadanos el “derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción”, lo cual se encuentra establecido en el artículo 3 de la Constitución.

Además, el Código Orgánico Integral Penal (2014), en su artículo 69 literal f), refiere sobre las penas restrictivas de los derechos de propiedad, en ella se encuentran señalados los fondos o activos que han sido obtenidos como resultado de un hecho ilícito:

f) Los bienes, fondos o activos y productos en propiedad de terceros, cuando estos hayan sido adquiridos con conocimiento de que proceden del cometimiento de un delito o para imposibilitar el comiso de los bienes de la persona sentenciada.

Cuando tales bienes, fondos o activos, productos e instrumentos no pueden ser comisados, la o el juzgador dispondrá el pago de una multa de idéntico valor, adicional a la prevista para cada infracción penal.

En caso de sentencia condenatoria ejecutoriada, dentro de procesos penales por lavado de activos, cohecho, concusión, peculado, enriquecimiento ilícito, delincuencia organizada, testaferrismo, trata de personas y tráfico ilícito de migrantes, terrorismo y su financiamiento, y delitos relacionados con sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, si tales bienes, fondos o activos, productos e instrumentos no pueden ser comisados, la o el juzgador dispondrá el comiso de cualquier otro bien de propiedad del condenado, por un valor equivalente, aun cuando este bien no se encuentre vinculado al delito.

En los casos del inciso anterior, los bienes muebles e inmuebles comisados son transferidos definitivamente a la institución encargada de la Administración y Gestión Inmobiliaria del Estado, entidad que podrá disponer de estos bienes para su regularización.

Los valores comisados se transfieren a la Cuenta Única del Tesoro Nacional.

Los objetos históricos y las obras de arte comisados de imposible reposición pasan a formar parte del patrimonio tangible del Estado y se transfieren definitivamente al Instituto Nacional de Patrimonio Cultural (págs. 33-34).

Esta norma permite a los juzgadores, que en los casos en los que exista peculado poder determinar como reparación integral al Estado el comiso de valores y bienes, aun cuando los existentes no hayan sido producto del delito.

Como jurisprudencia del delito de Peculado, se expone lo señalado por la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia (2013), resolvió en los siguientes términos:

El delito de peculado en términos generales, consiste en la substracción, apropiación o aplicación indebida de los fondos públicos por aquel a quien está confiada su custodia o administración. El bien jurídico tutelado a través de la norma en el tipo penal específico del peculado es el correcto funcionamiento de la administración de justicia referida concretamente al cuidado de fondos públicos que surgen en razón de los deberes especiales que le incumben al funcionario (Sentencia Nro. 023-13-SEP-CC, 2013, pág. 8).

Además, la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia (2017), en relación al delito de peculado, señaló:

El peculado afecta a otros bienes jurídicos, afecta la fe que los ciudadanos hemos depositado en nuestros funcionarios,, por lo tanto, los intereses tutelados son: el empleo de los fondos públicos conforme a la ley, y la necesidad de contar con funcionarios probos y así lo señala Maergorrie, cuando dice que: el objeto de esta acriminación no es tanto la defensa de los bienes patrimoniales, de la administración pública como el interés del Estado por la probidad y fidelidad del funcionario público (Sentencia Nro. 102-17-SEP-CC, 2017, pág. 4).

Resultados

Entre los casos que han tenido mayor connotación a nivel nacional se encuentran el caso Singue, sobre el presunto delito de peculado en la adjudicación del campo petrolero del mismo nombre, en el cual fue notable el perjuicio económico contra el Estado ecuatoriano. En este proceso se involucraron a ex funcionarios del gobierno, como son Jorge Glas, en su calidad de expresidente, Carlos Pareja Yannuzelli, ex ministros de Hidrocarburos y a Wilson Pastor, ex ministro de Recursos no renovables.

En este caso se observaron la existencia de irregularidades en la firma del contrato de explotación petrolera en la Amazonía ecuatoriana, Singue. La Fiscalía señaló que existió en la firma del contrato de adjudicación irregularidades en el año 2012, perjudicando al país con una incorrecta tarifa en el precio por barril del petróleo. La acusación a Jorge Glas, Carlos Pareja y Wilson Pastor, así como a 12 personas más por el presunto delito de peculado se dio en el año 2019.

La Fiscalía General del Estado, realizó la formulación de cargos, después de que la Contraloría General del Estado emitiera el informe en donde señalaba la existencia de irregularidades en cuanto a la negociación de este campo petrolero al Consorcio ecuatoriano Dygoil-Gente Oil Ecuador; este informe fue presentado en el año 2017, y en él se determinaba que el perjuicio ascendía a 5,2 millones de dólares, sin embargo, la Fiscalía señaló el que perjuicio real ascendería a los 28,4 millones de dólares a septiembre del 2016.

Además, la Fiscalía, señaló que la firma del contrato se realizó sin sustento técnico, ni legal, con una tarifa de 33,5 dólares por barril de petróleo y en el año 2012, fecha en que se firmó el contrato el costo por barril de petróleo oscilaba entre los 90 y 100 dólares. En enero de 2021, se dictó sentencia a los procesados, quienes debían de cumplir prisión, en el caso de Jorge Glas

por 8 años, a pesar de que se encontraba ya cumpliendo sentencia por el caso Sobornos, igual sentencia fue dada a Carlos Pareja, Wilson Pastor y César Guerra, Gerente de Dygoil. Los representantes al Comité de Licitación Hidrocarburífera Andrés Donoso, Ramiro Cazar y José Burgos fueron sentenciados a 4 años, en calidad de cómplices del delito.

A todos los sentenciados se les estableció el pago de 5 millones de dólares, los cuales se debían de distribuir según su grado de participación. Sentencia que fue apelada ante la Corte Nacional de Justicia, y el 10 de noviembre de 2022, el tribunal declaró la nulidad del caso, señalando que se vulneró el derecho al debido proceso y la defensa de los procesados en este caso, declarando de manera unánime la nulidad del proceso de todo lo actuado desde la formulación de cargos (Caso Singue - Peculado, 2019).

Otro de los casos, es el iniciado el 23 de diciembre de 2009, en el que la Fiscalía inició la indagación previa contra Javier P. y otros, dentro del presunto delito de peculado, por presuntas irregularidades en la compra de siete helicópteros Dhruv. Investigación que inicialmente fue desestimada y archivada en el año 2016 por solicitud de Galo Chiriboga, ex fiscal general de la nación, quien señaló que para poder iniciar un proceso penal era necesario el informe de indicios de responsabilidad penal de la Contraloría General del Estado, requisito de procedibilidad que, posteriormente, fue declarado inconstitucional por la Corte Constitucional en julio de 2019.

La investigación de Fiscalía comprendió hechos relacionados con el proceso preparatorio, precontractual, contractual y de ejecución relacionados con la adquisición de siete helicópteros por parte del Estado, representado por el Ministerio de Defensa, y la HAL, representada en Ecuador por la compañía SUMIL C. A. El proceso se formalizó mediante el contrato suscrito el 5 de agosto de 2008. La Fiscal Diana Salazar señaló que “se transgredió el bien jurídico de la eficiencia de la administración pública desde el deber de fidelidad y lealtad del servidor público

y el deber de actuar conforme los principios que rigen a todos los servidores públicos constitucionalmente”.

Además, la Fiscal indicó que existió un perjuicio al Estado ecuatoriano por 66,4 millones de dólares, según lo determinado en la experticia contable de costos en inversión estatal en la operatividad y funcionamiento de los helicópteros adjudicados, se manifestó que los funcionarios públicos investigados infringieron el deber y la obligación de velar por la correcta administración pública.

También se aseguró que los involucrados arbitrariamente y haciendo uso de su función en sus diferentes roles, quebrantaron sus obligaciones establecidas en la Ley y la Constitución, y beneficiaron a la empresa HAL, con la adjudicación del contrato con el que se adquirieron los helicópteros DHRUV. La audiencia preparatoria de juicio fue suspendida por el juez de la Corte Nacional de Justicia el 30 de julio de 2022, a la fecha el plazo razonable ya ha sido superado y no se ha llegado a conocer la decisión y la situación jurídica de los procesados dentro de este caso (Caso Helicópteros DHRUV, 2009).

Discusión

En los casos analizados, se logra observar que a pesar de que la norma determina de manera expresa las características para que exista peculado, la pena a imponer y las acciones para poder llevar a efecto la reparación integral al Estado, por el perjuicio cometido, debido a argucias procesales se han nulificado procesos o se retardan acciones.

Además, se logra observar que las sanciones por estas conductas lesivas en contra del Estado, tanto en el tiempo de la pena impuesta, como los valores impuestos no conjugan en sí el perjuicio real cometido, debiendo del castigo pecuniario ser más contundente, considerándose además de penas más severas. Pues el análisis de la jurisprudencia ha permitido conocer que los

sujetos que han sido condenados por el delito de peculado, sustraen cantidades exorbitantes de fondos públicos y solo cumplen la pena privativa de libertad sin devolver lo sustraído o solo se le decomisan ciertas propiedades a su nombre que no llegan a significar la totalidad de lo apropiado, con ello lo que se evidencia es una burla campante al sistema de justicia.

El caso mediático que dejó absorto a la Fiscalía, Procuraduría y a la ciudadanía es el caso SINGUE, en el que a los procesados en la audiencia de apelación el juez ponente explicó que el informe de Contraloría General del Estado había sido anulado por extemporáneo y por ende la Fiscalía no podía formular cargos por este tipo penal, nulitándolo desde la audiencia de formulación de cargos y levantando por ello todas las medidas cautelares dictadas.

Conclusiones

El delito de peculado en el que se encuentra inmersa la malversación de fondos públicos, por parte de funcionarios o servidores estatales, a quienes se les ha otorgado a su resguardo y responsabilidad valores o bienes del Estado, quienes han sido sentenciados bajo este delito, no se ha logrado su fiel cumplimiento, es decir, no ha existido un mecanismo que haya sido efectivo no solo para el establecimiento de la condena y pena, sino también, para obtener una reparación al Estado.

Del análisis realizado a la jurisprudencia, ha permitido conocer que, a los sujetos procesados por delito de peculado, se les ha determinado la sustracción de cuantiosas cantidades de fondos públicos, además de cumplir con una pena privativa de libertad, quienes, al salir libres, se quedan con los fondos malversados pues estos no son devueltos de manera integral, con ello lo que se evidencia es una burla al sistema de justicia.

Del análisis de las sanciones se revela que el tipo penal en cuanto al delito de peculado en el Código Orgánico Integral Penal, deja abiertas muchas brechas en cuanto a la impartición de justicia, lo cual permite al imputado, por este tipo de delito, burlar al sistema de justicia, dado que la pena es insuficiente y como ya se manifestó no se garantiza un método efectivo de reparación al Estado.

Referencias Bibliográficas

- Alarcón, V. (2020). *Delito de peculado por apropiación y las causas que determinan su incidencia, en la gestión de la administración pública en los gobiernos locales de la Región Apurímac (2016-2018)*. Perú: Escuela profesional de Derecho. Obtenido de https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/57607/Alarc%C3%B3n_CV-SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Asamblea Nacional. (2008). *Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20-octubre-2008. Estado Vigente*. Quito: Lexis.
- Asamblea Nacional. (2010). *Ley Orgánica de Servicio Público. Registro Oficial 294 del 06-octubre-2010*. Quito: Lexis.
- Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento 180 de 10-febrero-2014. Última modificación 17-febrero-2021*. Quito: Lexis.
- Asamblea Nacional. (2015). *Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial Suplemento 506 del 22-mayo-2015. Última modificación 21-agosto-2018*. Quito: Lexis.
- Bodero, E. (1992). *Derecho Penal Básico*. Quito: Temis.
- Brunoni, N. (2009). *Malversación y Peculado: análisis comparativo entre las legislaciones españolas y brasileña*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid. Obtenido de https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/3953/27534_brunoni_nivaldo.pdf

- Cabanellas, G. (2002). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta. Obtenido de <http://www.iterra.edu.mx/centro/wp-content/uploads/2019/02/88047784-Diccionario-Juridico-Elemental-Guillermo-Cabanellas-de-Torres-1.pdf>
- Cancino, J. (1994). *Corrupción Administrativa y Delincuencial Judicial*. Bogota: Editorial ABC.
- Carrera , D. (1995). *Peculado de bienes y servicios públicos*. Córdoba: Mediterránea.
- Caso Helicópteros DHRUV (009). Obtenido de <https://www.fiscalia.gob.ec/caso-helicopteros-dhruv/>
- Caso Singue - Peculado, 17721-2019-00002 (Corte Nacional de Justicia 2019).
- Cevallos, J. (2021). *La intervenció n de los sujetos privados en el delito de peculado ¿Coautores?* Universidad San Francisco de Quito. Obtenido de <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwi7rNL3yLX9AhUQgoQIHRAMBoYQFnoECBkQAQ&url=https%3A%2F%2Frevistas.usfq.edu.ec%2Findex.php%2Fflawreview%2Farticle%2Fdownload%2F2192%2F2397%2F12165&usg=AOvVaw3SFDm8N4gYiuEKHGCnpH4>
- Chanjan, R. (2017). *El correcto funcionamiento de la administración pública*. Quito: Dialnet. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6254903>
- Cornejo, J. (junio de 2020). *Derecho y Cambio Social*. Obtenido de El sistema de los delitos contra la eficiencia de la administración pública: Consideraciones político criminales: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiq4_Tzs6z9AhU2SjABHQpmBiUQFnoECBIQAQ&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F7524993.pdf&usg=AOvVaw1SZzkhVz9YugDaOKMBHA13

- Cueva, L. (2006). *Peculado: Teoría, práctica y jurisprudencia* (Primera Edición ed.). Quito - Ecuador: Ediciones Cueva Carrión.
- D'Angelo, A., & Sylva Maestre, S. (2017). La corrupción en la contratación pública: operatividad, tipificación, percepción, costos y beneficios. *Revista Via Iuris*. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6773362>
- Díaz, J. (2016). *La carga dinámica de la prueba como modalidad de carga probatoria aplicada en el ordenamiento jurídico colombiano*. Colombia: Scielo. Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/entra/v12n1/v12n1a14.pdf>
- Escobar, M. (2010). *La valoración de la prueba, en la motivación de una sentencia en la legislación ecuatoriana*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar. Obtenido de <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1135/1/T0836-MDP-Escobar-La%20valoraci%3%b3n%20de%20la%20prueba.pdf>
- García, J. (2007). *Manual de Práctica Procesal en los juicios por peculado* (2da. edición aumentada y actualizada ed.). Quito: Producciones Gráficas. Obtenido de https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwj11PL_-vX9AhW4SDABHUFLDZMQFnoECA8QAQ&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F7524993.pdf&usg=AOvVaw1SZzkhVz9YugDaOKMBHA13
- Hidalgo, P. (2014). *Teoría Constitucional del delito y el Código Orgánico Integral Penal*. Quito: UASB-DIGITAL. Obtenido de <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3745/1/T1300-MDPE-Encalada-Teoria.pdf>

Jiménez de Asúa, L. (1964). *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Losada.

Juicio Nro. 494-2010, Juicio Nro. 494-2010 (Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Penal).

Obtenido de

https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/sala_penal/junio2012/R713%20-%202012%20Juicio%20No.%200494%20-%202010.pdf

Loor, Y. (31 de julio de 2020). *Delitos contra la administración pública*. Obtenido de

DerechoEcuador.com: <https://derechoecuador.com/delitos-contrala-administracion-publica/>

Maggiore, G. (1972). *Derecho Penal Parte Especial*. Bogotá: Temis.

Montecé, S., & Alcívar, N. (2020). El delito de peculado en el Ecuador. *Revista digital de*

Ciencia, Tecnología e Innovación. Obtenido de

<https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiyho6Ax7X9AhUegoQIHTcbAC0QFnoECBIQAQ&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F8298082.pdf&usg=AOvVaw0W8MOTQFmQn3QkU7JPOCy>

Montenegro, M. (2020). *La inversión de la carga de la prueba en el delito de enriquecimiento ilícito*. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Obtenido de

<http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/18565/TESIS%20FINAL%20DEFINITIVA%20Montenegro.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Muñoz, F. (1999). *Teoría general del delito*. Santa Fé de Bogotá, Colombia: TEMIS S.A.

Obtenido de

https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/06_mu%C3%91oz_conde_t_del_delito.pdf

- Muñoz, F. (2002). *Claus Roxin: Política criminal y sistema del derecho penal*. Argentina: Hmmurabi SRL. Obtenido de https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/politica_criminal_y_sistema_del_derecho_penal_-_roxin_claus.pdf
- Ochoa, B. (2017). *El sujeto activo en el delito de peculado en el Ecuador y critica al tipo penal en el COIP*. Cuenca: Universidad de Cuenca. Obtenido de <http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/28633/1/Trabajo%20de%20Titulaci%C3%B3n.pdf>
- Osorio, A. (2015). *Dialnet*. Obtenido de El enriquecimiento ilícito de servidores públicos y de particulares: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4678595>
- Paredes, C. (2009). *El delito de peculado en Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Peña, E. (2016). *Delitos contra la administración pública*. Santa Fe de Bogotá: Biblioteca Digital Universidad San Gregorio.
- Quintero, E., & Vivar, J. (2013). *El delito de peculado público y bancario. Maestría en Derecho Procesal*. Guayaquil: Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Obtenido de <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/460/1/T-UCSG-POS-MDP-5.pdf>
- Rojas, F. (2020). *Manual operativo de los delitos contra la administración pública, cometidos por funcionarios públicos* (3era. edición ed.). Lima: Grijley. Obtenido de <https://www.libreriasgrijley.com/wp-content/uploads/2021/01/Fidel-Rojas.pdf>
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal: Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas. Obtenido de https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/derecho_penal_-_parte_general_-_claus_roxin-LP.pdf

- Salazar, P., Ibarra, F., & Flores, I. (2018). *¿Cómo combatir la corrupción?* México: Universidad Nacional Autónoma de México. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4315/27.pdf>
- Salinas, R. (2011). *Delitos contra la administración pública*. Lima: Librería jurídica Grijley. Obtenido de <https://dokumen.pub/delitos-contra-la-administracion-publica-4ta-edicion.html>
- Santamaría, D. (2019). *El poder punitivo del Estado y la proporcionalidad de la pena para el delito de peculado*. Ambato, Ecuador: Universidad Técnica de Ambato. Obtenido de <https://repositorio.uta.edu.ec/bitstream/123456789/30723/1/FJCS-DE-1126.pdf>
- Sentencia Nro. 023-13-SEP-CC, Sentencia Nro. 023-13-SEP-CC (Corte Constitucional 2013). Obtenido de <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=023-13-SEP-CC>
- Sentencia Nro. 102-17-SEP-CC, Sentencia Nro. 102-17-SEP-CC (Corte Constitucional del Ecuador 12 de abril de 2017). Obtenido de <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=102-17-SEP-CC>
- Tixi, Y. (2018). *La trascendencia de los informes de indicios de responsabilidad penal y su incidencia en la decisión judicial: Estudio de caso múltiple de delito de peculado*. Quito: IAEN. Obtenido de <https://repositorio.iaen.edu.ec/handle/24000/4922>
- Vázquez-Portomeñe, F. (2003). *Los delitos contra la Administración Pública. Teoría General*. España: Instituto Nacional de Administración Pública. Universidad de Santiago de Compostela. Obtenido de

https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjSz7Wt0bX9AhWeSzABHY7KAt0QFnoECBsQAQ&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Flibro%2F294196.pdf&usg=AOvVaw2PRjSuEgZN0h5Jh_0YI0W3

Zuñiga, M. (2018). *La proporcionalidad de la pena en el Código Orgánico Integral Penal en el delito de peculado*. Babahoyo, Ecuador: Universidad Regional Autónoma de los Andes. Obtenido de <https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/8471/1/PIUBAB032-2018.pdf>