



DEPARTAMENTO DE POSGRADOS
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

ARTÍCULO PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE MAGÍSTER
EN DERECHO PENAL

TÍTULO: RESPONSABILIDADES INVISIBLES EN LAS ENTIDADES
FINANCIERAS POR EL DELITO DE PECULADO EN EL COIP

AUTOR: Andrés Santiago Clavijo Vergara

TUTOR SUGERIDO: Dr. Xavier Olmedo Piedra Andrade

Cuenca - Ecuador

2020

DEDICATORIA

Dedico el presente trabajo a quien fue pilar fundamental en mi vida, quien, con su dedicación, honestidad y cariño, supo ser ejemplo de vida; a esa excelsa mujer que estuvo siempre a mi lado, para ti Teresita, madre querida, que en el cielo seguramente estás descansando en paz.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios y mi familia por todo el apoyo brindado para lograr este gran objetivo profesional, pero sobre todo quiero agradecer a mi amada esposa Estefanía y mis adorables hijas, Camila y Juliana, fuente de inspiración y dedicación en mi vida.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación en base en la indagación exploratoria relacionada con el ejercicio judicial, se evidencia la desprotección jurídica que tienen los miembros del cuerpo administrativo de las entidades financieras del Sistema Financiero Nacional, frente al delito de Peculado, cuya problemática radica en la responsabilidad penal por la omisión en el seguimiento y control de las actividades de sus dirigidos; y, de ser el caso el grado de participación frente al tipo penal tipificado en el Código Orgánico Integral Penal como delito de peculado.

Al mismo tiempo, el presente trabajo de investigación proyecta establecer las bases de un sistema preventivo plenamente aplicable y eficaz para evitar la responsabilidad penal del cuerpo directivo de las entidades financieras ante el delito de peculado, así como precautelar la responsabilidad de la persona jurídica en el sistema penal vigente en la República del Ecuador.

PALABRAS CLAVES: Peculado, delito, responsabilidad, ética, moral, cumplimiento, preventivo.

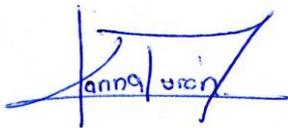
ABSTRACT

The present work of investigation based on the exploratory investigation related to the judicial exercise, highlighted the lack of legal protection that the members of the administrative body of the financial entities of the National Financial System have, against the crime of graft. Their problem lies in the criminal responsibility for the omission in the monitoring and control of the activities of its managers; and, if applicable the degree of participation as opposed to the penal type typified in the Integral Organic Code Penalty as a crime of embezzlement. At the same time, this research project aimed to establish the basis for a fully enforceable and effective preventive system to avoid criminal liability of the management body of financial institutions in the face of the crime of embezzlement, as well as to protect the liability of the legal entity in the criminal system in force in the Republic of Ecuador.

KEY WORDS: Embezzlement, crime, responsibility, ethics, morals, compliance, preventive.

Translated by

ANDRES SANTIAGO CLAVIJO VERGARA



ÍNDICE

| | |
|--|----|
| RESPONSABILIDADES INVISIBLES EN LAS ENTIDADES FINANCIERAS POR EL DELITO DE PECULADO EN EL COIP | 1 |
| INTRODUCCIÓN | 1 |
| METODOLOGÍA | 3 |
| RESULTADOS | 4 |
| DISCUSIÓN | 7 |
| EL DELITO DE PECULADO | 7 |
| ANÁLISIS DEL TIPO PENAL DE PECULADO..... | 9 |
| ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL TIPO PENAL DE PECULADO..... | 10 |
| EL PECULADO FINANCIERO O BANCARIO..... | 14 |
| EL SISTEMA FINANCIERO EN EL ECUADOR | 16 |
| RESPONSABILIDAD PENAL DEL CUERPO DIRECTIVO DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS | 16 |
| LA OMISIÓN EN EL PECULADO | 18 |
| COMPLIANCE PENAL, MARCO CONCEPTUAL | 20 |
| OBJETO DE LOS SISTEMAS DE CUMPLIMIENTO | 21 |
| APLICABILIDAD DE PROGRAMAS DE PREVENCIÓN EN ENTIDADES FINANCIERAS | 21 |
| CONCLUSIONES | 22 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 24 |
| BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA | 25 |
| DICCIONARIOS | 25 |
| CUERPOS LEGALES | 25 |
| LINKOGRAFÍA..... | 25 |

RESPONSABILIDADES INVISIBLES EN LAS ENTIDADES FINANCIERAS POR EL DELITO DE PECULADO EN EL COIP

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación pretende establecer las responsabilidades penales a las que se ven expuestos los cuerpos administrativos de las entidades financieras del Ecuador por el delito de peculado, conforme se encuentra tipificado en el Código Orgánico Integral Penal, sea a título de acción u omisión, al mismo tiempo analizar la pertinencia y aplicabilidad de sistemas de prevención y cumplimiento, que permitan disminuir la criminalidad y cumplir con la función preventiva del Estado a través del Derecho Penal.

En ese sentido, es importante referirnos al delito de peculado desde su origen, desde el propio imperio Romano para poder entender la importancia del impacto social que esta acción típica genera en la sociedad; de esta manera, en Roma se denominó Pecculatus al acto por el cual una persona se apropiaba del ganado público, de ahí a que el antiguo Derecho Romano el delito Pecculatus, por su gravedad era equiparable a las cometidas en el ámbito de la divinidad. Luego de la caída del Imperio Romano, España reguló al peculado al castigar aquellos actos de malversación de caudales del rey, actos que eran castigados con pena capital inclusive; de esta manera, la evolución del peculado hizo que su concepción se amplíe al abuso de autoridad o de la función pública.

En Ecuador el delito de peculado es regulado desde 1837 con la expedición del primer Código Penal; autores ecuatorianos como el Dr. Luis Cueva Carrión, menciona que el delito de peculado constó en la primera de los denominados “Delitos contra la causa Pública”, por lo tanto, resulta innegable el fundamento que ubica al tipo penal en los delitos contra la buena fe y administración pública, otorgando al funcionario la responsabilidad de cuidar y proteger los bienes que forman parte del inventario estatal.

La evolución social y las formas de conducta han hecho que el tipo penal presente variantes como el peculado financiero o bancario, el mismo que fue introducido en el Ecuador en el año de 1872, precisamente para regular el correcto funcionamiento de las entidades financieras cuyo objeto es la intermediación financiera.

Al analizar la posible responsabilidad penal del cuerpo directivo y representantes de las entidades financieras frente al delito de peculado, es necesario hablar sobre la necesidad de prevención de conductas de omisión deliberada, no obstante los representantes de las entidades financieras pueden ser responsables de la conducta aunque carezca de la calificación personal típica, siempre y cuando el hecho se dé en la entidad que representa, efectivamente el Derecho Penal no cumpliría su fin pues estaría dejando fuera del espectro punitivo al “hombre de atrás”, siendo un aspecto fundamental el papel que desarrollan las personas que jerárquicamente se encuentran por encima del autor, siendo importante individualizar la calidad de actuación de los Representantes.

Bajo ese contexto, la responsabilidad jurídico-penal se trasladaría en primera línea a los órganos directivos y sólo en segunda línea a los órganos que ejecutan, por lo tanto, es imperioso analizar políticas preventivas que los representantes de las entidades financieras puedan adoptar para evitar responsabilidades de actos cometidos por terceros, o dicho de otra forma aplicar procesos de Compliance Penal.

Es necesario entonces, entender que el cumplimiento normativo de las entidades financieras debe comenzar antes que el cumplimiento con la norma penal, es decir, antes de configurarse el tipo penal y que los sistemas de Compliance, vienen ya dados por normas extrapenales, cuyo objetivo precisamente es integrar el Derecho Penal y las responsabilidades de las personas jurídicas. Los programas de cumplimiento (Compliance), constituyen un conjunto de medidas que la entidad financiera debe adoptar para contar con una organización virtuosa y no ser responsable penalmente por el acto delictivo que uno de los empleados pueda perpetrar en el desempeño de sus funciones.

El Sistema Financiero Nacional, debe garantizar certeza y credibilidad a los usuarios, seguridad anclada a una relación de estricta confianza, donde el cuerpo administrativo de las entidades financieras garanticen un actuar en cumplimiento de políticas públicas de los organismos de control bancario; consecuentemente se evitaría la perpetración de actos contra norma que desembocan en conmoción social e incertidumbre financiera; las entidades financieras deben desarrollar sistemas de cumplimiento que permitan obtener instituciones virtuosas, cumplidoras de la ley y la Constitución de la República del Ecuador.

METODOLOGÍA

El presente trabajo se sustenta en una revisión bibliográfica, donde las obras y autores propuestos en el diseño de tesis, presentan un amplio campo de conocimiento sobre el delito de peculado y la aplicación de compliance penal, de tal forma que la fuente de búsqueda y consulta propuesta, permitirán alcanzar los objetivos del artículo científico.

En cuanto a la metodología investigativa, se utilizará una metodología combinada o mixta entre los métodos Inductivo y Deductivo.

Mediante la aplicación del modelo inductivo basado en la aplicación del razonamiento, se pretende pasar de hechos particulares como el estudio del tipo penal de peculado en concreto, a principios generales en cuanto a la responsabilidad del delito sea a título de acción u omisión.

Por su parte la metodología deductiva, cuya aplicación es totalmente diferente, ya que en este caso la deducción intrínseca del ser humano permite pasar de principios generales a hechos particulares, señalando que, lo anterior, se traduce esencialmente en el análisis de los principios generales de un tema específico que, una vez comprobado y verificado que determinado principio es válido, se procede a aplicarlo a contextos particulares; concretamente en la aplicación de sistemas de Compliance Penal en las instituciones financieras del sistema financiero nacional como un instrumento que coadyuve a que el Estado a través del Derecho Penal cumpla con su fin de control de criminalidad en el delito de peculado financiero.

RESULTADOS

El aporte técnico de un sistema preventivo para las entidades financieras como la aplicación del Compliance Penal, constituye sin duda una herramienta para la responsabilidad jurídico – penal del cuerpo administrativo de la empresa, esta permite mantener un personal capacitado y sobre todo consciente de las responsabilidades al incurrir en actos como el delito de peculado. Por otra parte, permite que las instituciones financieras se encuentren más alineadas a las políticas de los organismos de control del Estado, logrando una eficacia aplicativa del principio de confianza entre los usuarios y el sistema financiero nacional, pues como bien lo señala (Tomassini, 2014), el Compliance consiste en la aplicación de políticas preventivas para contar con instituciones más cumplidoras del ordenamiento jurídico vigente y no ser penalmente responsables.

De esta forma, la aplicación de los programas de cumplimiento, constituyen sistemas de control empresarial que ayudan al Estado y al Derecho Penal en el manejo y control de criminalidad, más aún, en los delitos que puedan derivarse de las instituciones financieras del sistema Financiero de nuestro país.

En ese sentido el trabajo de investigación, en base a la metodología de estudio propuesto cumple con la hipótesis planteada, toda vez dentro de las entidades financieras se puede aplicar sistemas de Cumplimiento o Compliance para prevenir las responsabilidades del cuerpo Administrativo de la Empresa frente al delito de peculado conforme se encuentra regulado en el Código Orgánico Integral Penal por la omisión en el control y seguimiento de procesos internos.

En cuanto a la responsabilidad a título de acción, podemos colegir la plena vigencia de sistemas preventivos, Compliance, toda vez que estos programas enfatizarán a que el personal se encuentre debidamente capacitado y que las instituciones financieras manejen procesos preventivos en sintonía con políticas de control estatal.

Necesario entonces resulta identificar las responsabilidades o posibles responsabilidades del cuerpo administrativo de las entidades financieras por el delito de peculado, el artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal señala: “**Artículo 278.- Peculado.-** *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.*

Si los sujetos descritos en el primer inciso utilizan, en beneficio propio o de terceras personas, trabajadores remunerados por el Estado o por las entidades del sector público o bienes del sector público, cuando esto signifique lucro o incremento patrimonial, serán sancionados con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

La misma pena se aplicará cuando los sujetos descritos en el primer inciso se aprovechen económicamente, en beneficio propio o de terceras personas, de estudios, proyectos, informes, resoluciones y más documentos, calificados de secretos, reservados o de circulación restringida, que estén o hayan estado en su conocimiento o bajo su dependencia en razón o con ocasión del cargo que ejercen o han ejercido.

Son responsables de peculado las o los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del Sistema Financiero Nacional o entidades de economía popular y solidaria que realicen actividades de intermediación financiera, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades, que con abuso de las funciones propias de su cargo dispongan fraudulentamente, se apropien o distraigan los fondos, bienes, dineros o efectos privados que los representen, causando directamente un perjuicio económico a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, fondos o dineros, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años.

La persona que obtenga o conceda créditos vinculados, relacionados o intercompañías, violando expresas disposiciones legales respecto de esta clase de operaciones, en perjuicio

de la Institución Financiera, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

La misma pena se aplicará a los beneficiarios que intervengan en el cometimiento de este ilícito y a la persona que preste su nombre para beneficio propio o de un tercero, aunque no posea las calidades previstas en el inciso anterior.

Las o los sentenciados por las conductas previstas en este artículo quedarán incapacitadas o incapacitados de por vida, para el desempeño de todo cargo público, todo cargo en entidad financiera o en entidades de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera.”¹

A priori es innegable que no solo el cuerpo administrativo de la entidad financiera, sino cualquier funcionario de la misma responderían a título de autor si incurrieran en las acciones debidamente tipificadas en el artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal.

Al mismo tiempo es importante señalar que a título de omisión los funcionarios y cuerpo administrativo de una entidad financiera pueden enfrentar una responsabilidad por un acto penalmente relevante, o propiamente dicho una omisión que genera consecuencias de carácter penal, al respecto el artículo 28 del COIP señala: **“Artículo 28.- Omisión dolosa.-** *La omisión dolosa describe el comportamiento de una persona que, deliberadamente, prefiere no evitar un resultado material típico, cuando se encuentra en posición de garante. Se encuentra en posición de garante la persona que tiene una obligación legal o contractual de cuidado o custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico y ha provocado o incrementado precedentemente un riesgo que resulte determinante en la afectación de un bien jurídico.”²*

Evidentemente ante una omisión en el control y seguimiento de las actividades de la empresa y de sus funcionarios, hace que el cuerpo administrativo adquiera una responsabilidad penal, más aun cuando esta sea de un acto deliberado en causar daño o perjuicio a la institución o

¹ Código Orgánico Integral Penal (2014)

² Código Orgánico Integral Penal (2014)

al dinero de los usuarios, pero desarrollando un poco más el tema, es importante tener presente la posición de garante que adquiere las autoridades de las entidades financieras, puesto a que sobre ellos recae la responsabilidad del buen manejo de los fondos de los cuenta ahorristas y demás usuarios del sistema financiero nacional; por tal motivo resulta imperioso establecer programas preventivos que permitan disminuir la criminalidad al interior de bancos, cooperativas, mutualistas, etc.

DISCUSIÓN

EL DELITO DE PECULADO

ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y MARCO CONCEPTUAL

Como manifestamos antes, el delito de peculado desde sus orígenes se planteó como un delito contra de los bienes del Estado o propiamente dicho en contra de los bienes públicos, pues desde su origen en Roma, a través de la figura de Pecculatus se castigaba al acto por el cual una persona se apropiaba del ganado público, de ahí a que el antiguo Derecho Romano el delito Pecculatus, por su gravedad era equiparable a las cometidas en el ámbito de la divinidad.³

Fue en España, luego de la caída del imperio Romano donde se castigaba aquellos actos de malversación de caudales del rey, actos que eran castigados con pena capital inclusive; de esta manera la evolución del peculado hizo que su concepción se amplíe al abuso de autoridad o de la función pública.⁴

Evolutivamente, este tipo de delito, ha permitido que doctrinariamente se cuente con algunos conceptos. Cabanellas (2008, p. 69) define al peculado como la sustracción, apropiación o aplicación indebida de fondos públicos por aquel o quien estaba confiada su custodia o

³ PECULADO DE BIENES Y SERVICIOS PÚBLICO, Carrera, D, 1995, Córdoba y Mediterránea, pág. 132

⁴ TRATADO DE ERECHO PENAL. Manzini V., 1961, Buenos Aires: Ediar, pág. 132

administración; por su parte, Carrera (1995, p. 126) señala que el peculado consiste en la apropiación del dinero público, por medio de un funcionario público a quien se le ha entregado el bien del estado para que lo conserve y lo mantenga bajo su cuidado.

En Ecuador el delito de peculado es regulado desde 1837 con la expedición del primer Código Penal; autores ecuatorianos como Cueva Carrión (2006), menciona que el delito de peculado constó en la primera de los denominados “Delitos contra la causa Pública”, por lo tanto, resulta innegable el fundamento que ubica al tipo penal en los delitos contra la buena fe y administración pública, otorgando al funcionario la responsabilidad de cuidar y proteger los bienes que forman parte del inventario estatal.

La evolución social y las formas de conducta han hecho que el tipo penal presente variantes como el peculado financiero o bancario, el mismo que fue introducido en el Ecuador en el año de 1872, precisamente para regular el correcto funcionamiento de las entidades financieras cuyo objeto es la intermediación financiera (Donoso, 2008, p.134).

Al analizar la responsabilidad penal del cuerpo directivo y representantes de las entidades financieras frente al delito de peculado, es necesario hablar sobre la necesidad de prevención de conductas de omisión deliberada, no obstante los representantes de las entidades financieras pueden ser responsables de la conducta aunque carezca de la calificación personal típica, siempre y cuando el hecho se dé en la entidad que representa (Bacigalupo, 2005, p. 132), efectivamente el Derecho Penal no cumpliría su fin pues estaría dejando fuera del espectro punitivo al “hombre de atrás”, siendo un aspecto fundamental el papel que desarrollan las personas que jerárquicamente se encuentran por encima del ejecutor operativo, siendo importante individualizar la calidad de actuación de los Representantes, pues si nos referimos a las actuaciones en calidad de autoridades mediatas deben afrontar las responsabilidades del hecho típico, en contraposición a este criterio es el determinar la culpabilidad del representante que actúa en omisión de del cumplimiento de control en la entidad.

ANALISIS DEL TIPO PENAL DE PECULADO

La conducta del peculado consiste en los actos de las personas encargadas de los bienes y servicios del Estado, entidades descentralizadas, instituciones financieras, entre otras, quienes abusan de la autoridad conferida en el ejercicio de su cargo, siendo estos actos, según expresa la norma conforme está tipificado en el Código Orgánico Integral Penal, la sustracción o distracción de cualquier cosa (bien), perteneciente al Estado o de los bienes o dineros de una entidad financiera. En los dos escenarios la forma de culpabilidad es dolosa por excelencia, la sustracción, así como la distracción de bienes o dineros, deben ser arbitrarias, por lo tanto, ilícitas para constituir el peculado.

Ahora bien, los bienes a los que refiere el tipo penal de peculado también pueden ser de dominio de los particulares, como es el caso de las entidades financieras, donde el legislador a previsto regular el uso indebido de los fondos de los cuenta ahorristas y demás usuarios del sistema financiero nacional, a través de la figura de peculado bancario para prevenir precisamente hechos de conmoción social, como los acontecidos en el Ecuador en el año 2000 en el proceso de dolarización; la distinción entre bienes públicos y bienes particulares en nuestro país opera, cuando existe el empleo para peculado por apropiación, lo mismo que para el peculado por uso indebido.

La administración de bienes o como en este caso motivo de estudio, administración de dineros del sistema financiero nacional en las distintas entidades financieras, implica contacto material o tenencia del bien u objeto, como es el caso del funcionario bancario o servidor público que recauda, paga, custodia, pero también tenemos la figura y participación de aquellas personas y funcionarios que ejercen facultades de dirección o administración que si bien es cierto no están en contacto directo con el bien protegido jurídicamente, pero su acción deliberada u omisión en el control puede determinar responsabilidad penal en el tipo penal estudiado, pues dichos funcionarios están condiciones de incurrir en el tipo penal de peculado, por la administración que ejercen dentro de las entidades financieras.

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL TIPO PENAL DE PECULADO

Sujeto activo

El sujeto activo en el delito de peculado será el empleado o funcionario público investido de funciones públicas para el cuidado del bien o bienes públicos a su cargo, como bien lo señala el Dr. Gaitán Mahecha, funcionario público es aquella persona que realiza sus funciones de acuerdo a normas que expresamente las regulan, esto es normas de derecho público.

Bajo dicho contexto es necesario conceptualizar a los funcionarios o empleados públicos que se someten al delito de peculado o propiamente dicho podrían ejecutar actos que se enmarquen en el tipo penal, de esta manera tenemos que el sujeto activo del ilícito es:

- “El funcionario público que dispusiere o consintiere que otro disponga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo, por razón de sus funciones.
- Los servidores de los Bancos Privados.
- Los servidores de la contraloría General del Estado y de la Superintendencia de Bancos”.⁵

En la misma línea trasladando este concepto a las entidades financieras, el sujeto activo será el empleado encargado del manejo del bien o dinero como aquella persona responsable del cuidado, administración y buen manejo de los dineros de los cuenta ahorristas.

Sujeto pasivo

El sujeto pasivo es aquella persona a la que pertenece el derecho o propiamente dicho, la persona titular del bien jurídicamente protegido cuya ofensa estructura el delito; al contrario de lo que caracteriza al sujeto activo, tanto las personas naturales como las jurídicas, son

⁵ EL PECULADO, Campo Edmundo Rubio Angulo, Bogotá, D.E. 1985. Pág. 55.

susceptibles de ser sujetos pasivos del delito de peculado, entre las cuales debemos incluir al Estado.

“El Estado es el titular del bien jurídico de la administración pública, que como actividad funcional se ejerce por medio de sus representantes, de tal suerte que se trata de un sujeto pasivo cualificado jurídicamente de derecho público.”⁶

De esta manera debemos considerar como sujetos pasivos del delito de peculado a las siguientes instituciones:

- “El Gobierno Central o Nacional, como lo son todas las dependencias de la Administración Pública.
- El Gobierno seccional o provincial.
- El Gobierno sectorial o de las entidades descentralizadas, esto es las personas creadas por la ley, para el ejercicio de la potestad estatal o para la prestación de servicios públicos o actividades económicas asumidas por el Estado y las creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos.
- El IESS y los bancos estatales, como lo son, Banco Nacional de Fomento, Banco Central del Ecuador, Banco Ecuatoriano de la Vivienda, Juntas de Beneficencia, Comisión de Valores, Corporación Financiera Nacional y de las corporaciones de fomento económico regional y provincial.
- Bancos Privados.
- Las Cooperativas.”⁷

Objeto Material

“En relación histórica inicial sobre la figura del delito de peculado por apropiación, el objeto material de los tipos, es decir las cosas sobre las que recaiga la conducta pertinente, estaba representado por los términos caudales y efectos.

⁶ EL DELITO DE PECULADO EN EL NUEVO CODIGO PENAL, Cancino Moreno Antonio J., Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Colombia, Editorial TEMIS Librería. Bogotá – Colombia 1983, págs. 33 – 35.

⁷ MANUAL DE PRACTICA PROCESAL EN LOS JUICIOS POR PECULADO, Dr. Gustavo Flores y Dr. José C. García Falconí, Segunda Edición, Quito – Ecuador, 1982. Págs. 80 - 83

Más tarde se emplearon los términos caudales y otros objetos públicos; sin embargo el objeto material se limitaba, con lo cual se ponía en claro que el bien jurídico lo era la cosa pública o la hacienda pública; luego se llegó a un acuerdo de que el delito atacaba a la administración pública en su sentido funcional que el quebranto a ese bien jurídico protegido se podrá verificar con la apropiación no solamente de bienes públicos, sino también de bienes privados que el empleado oficial administrara, recaudara, custodiara, por razón de sus funciones.

Por esto es conveniente aclarar que en relación al objeto material, se cambió el término de objetos por el de bienes. “El objeto material se reduce al término bienes”.

Por una parte se habló de bienes de la administración pública o de los particulares, con lo cual, aunque no era necesario, se pretendió aclarar que el delito también se podía cometer en relación con los bienes particulares, es por ello que para que no exista confusión alguna nuestra doctrina dice que se consideran bienes de la administración pública, lo de las entidades que integran las ramas del poder público, lo de las empresas industriales o comerciales del Estado y los de cualquier otra entidad.

Son bienes públicos: los bienes públicos de la nación, las intendencias, comisarias, municipios, asociaciones de municipalidades, los distritos especiales y demás personas jurídicas, políticas o públicas, los de las empresas industriales y comerciales del orden nacional, intencional, comisarial, distrital y municipal, y los auxilios o aportes que hagan las entidades mencionadas, siempre que su inversión esté sometida al control o vigilancias oficiales.

Por otra parte, el término bienes cobija los efectos, caudales, rentas, réditos, créditos, etc., cobija tanto a los bienes muebles como a los inmuebles, a los corporales e incorporales, fungibles e infungibles, en fin, sirve para denominar todas las cosas con significación económica sea públicas o privadas, que administre el empleado oficial.

Se puede pues, realizar el delito sobre los dineros que el estado recibe por concepto de impuestos, por ejemplo, que son bienes públicos, o sobre una cantidad de dineros que pertenecen a los particulares, pero que el juez, en un momento determinado administre en razón de sus funciones.

Lo importante no es que el bien sea público o privado, sino que lo administre el empleado oficial por razón de sus funciones. Los bienes públicos o privados entran a ser objeto de administración por el funcionario o empleado oficial sin que sea necesario que se produzca un ingreso formal; basta que el funcionario los reciba en calidad de tal y que tenga dentro de sus funciones la de administrarlos o custodiarlos.”⁸

De esta manera podemos colegir que en el delito de peculado no solamente protege bienes públicos, los bienes privados también ingresan en el espectro de protección de la norma frente a este delito, en virtud del funcionario que lo administra o custodia en razón de sus funciones o de su cargo, debiendo establecer una relación objetiva de posesión frente al cargo que desempeña y no solo una relación subjetiva de confianza.

Conducta

La conducta consiste en los actos con los cuales el funcionario público o el encargado del servicio público, esto es el sujeto activo realiza para lograr el cometimiento del delito, concretamente en el peculado cuando el funcionario excede arbitrariamente los poderes contenidos en el título de su posesión.

Es decir, la conducta debe responder a criterios de modo y tiempo toda vez que el ilícito debe ser perpetrado por un funcionario público en tiempo en el que este desarrolle sus actividades y en una condición modal que se encuentre al cuidado y protección de los bienes puestos a su cargo por razón de sus funciones.

⁸ EL DELITO DE PECULADO EN EL NUEVO CODIGO PENAL, Cancino Moreno Antonio J., Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Colombia, Editorial TEMIS Librería. Bogotá – Colombia 1983, págs. 37 - 43

La conducta puede consistir inclusive en una simple omisión, esto es, en no impedir la apropiación o la distracción, contrariando un deber jurídico, aspecto en el cual puede enmarcarse la responsabilidad del cuerpo administrativo de las entidades financieras, por un acto de omisión deliberado.

Elemento Subjetivo

El elemento subjetivo del delito de peculado consiste en el ánimo de causar daño, esto es la voluntad de la apropiación o de la distracción, el ánimo de apropiarse del bien a sabiendas de que se trata de dinero o de cosas muebles pertenecientes a la administración pública, con el fin de obtener un provecho propio o ajeno.

No podemos dejar de lado el ánimo de consentir que otros dispongan los caudales o efectos a cargo del funcionario, que evidentemente actúa como un instigador para el cometimiento de la infracción, o que en otros casos pueda actuar con una omisión deliberada para generar perjuicio económico en beneficio propio o de terceros, lo que hace que el delito en estudio sea eminentemente doloso.

“La finalidad del agente en el delito de peculado está encaminada a encontrar el provecho suyo o de un tercero y es por esa razón que se necesita en verdad, que el sujeto tenga la especial intención de apropiarse en provecho personal o de un tercero de tal manera que si falta esa finalidad, pues el tipo desaparece”⁹

EL PECULADO FINANCIERO O BANCARIO

El peculado bancario en el Ecuador se encuentra regulado desde 1872 , pues hubo la necesidad de que los dineros captados por las entidades financieras ingresen a un orden económico social, de esta manera cuando un empleado de la entidad financiera o algún miembro del cuerpo administrativo de la misma, de forma abusiva distrae fondos en beneficio

⁹ EL PECULADO, Campo Edmundo Rubio Angulo, Bogotá, D.E. 1985, pág. 91.

propio o de un tercero perjudica el orden económico social que adquirió el dinero al ingresar a las arcas de la institución financiera, configurándose en ese momento el tipo penal de peculado bancario.

Es necesario identificar el rol que desempeñan las entidades financieras en el Ecuador, pues el giro del negocio empieza a través de un proceso de captación de dineros, los mismos que el Estado ha creído conveniente se consideren o ingresen en un orden económico social, precisamente para evitar actos ilícitos que pongan en riesgo la estabilidad económica de las instituciones financieras. Una vez que el dinero ha sido captado el giro del negocio permite que este dinero sea colocado, es decir se devuelva a la sociedad en calidad de préstamos, manteniendo un equilibrio financiero que fomente la economía del país y es precisamente ahí que dentro de una función motivadora de la norma se pretende evitar actos penalmente relevantes que pongan en riesgo los fondos de los usuarios del sistema financieros nacional, para evitar actos de corrupción de los funcionarios de bancos Cooperativas y demás entidades que brindan servicio de intermediación financiera.

“Es necesario insistir que desde la más remota redacción normativa respecto al Peculado, se configuró este tipo penal que alcanza como sujetos activos no solo a los funcionarios públicos sino también a los particulares, que aunque sea circunstancialmente tenga a su cargo o puedan disponer en razón de su cargo de fondos públicos o privados, en este último caso, ya existe previsto el peculado bancario, cuando un banquero abusa de los fondos captados que se convierten en fondos públicos , pero provenientes de personas privadas o particulares.

En consecuencia, el peculado bancario estuvo conocido siempre en la legislación ecuatoriana, a partir de 1872.”¹⁰

¹⁰ DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO Y CONTRA LOS RECURSOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, Donoso Arturo, Editora Jurídica Cevallos, Quito, 2008, págs. 144 - 145

EL SISTEMA FINANCIERO EN EL ECUADOR

El sistema Financiero del Ecuador se encuentra conformados por un conjunto de instituciones públicas y privadas, tales como bancos, cooperativas, cajas de ahorro, mutualistas, entre otras, cuyo control se ejerce a través de la Superintendencia de Bancos y Superintendencia de Economía Popular y Solidaria; el sistema financiero tiene como fin la captación de dinero o ahorro de las personas para poder otorgar créditos a las personas que lo requieran, previo estudio y análisis de factibilidad, a más de fomentar el ahorro a través de productos de captación destinados incrementar el patrimonio de las personas con el incentivo o pago de intereses por inversión.

Evidentemente constituye una actividad preponderante para el desarrollo de un país, pues proporciona el nivel de liquidez suficiente para que las personas puedan adquirir bienes y servicios, además que constituye un mecanismo de financiamiento de empresas que permita desarrollar negocio y por consiguiente empleo y se mantenga la matriz productiva de la sociedad.

RESPONSABILIDAD PENAL DEL CUERPO DIRECTIVO DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS

Para poder determinar la responsabilidad del cuerpo directivo de las instituciones financieras, es necesario partir del concepto que algunos tratadistas dan a la responsabilidad como elemento de la teoría del delito, en ese sentido tenemos:

“La responsabilidad penal es una valoración negativa que se formula al autor, por no haber observado una conducta conforme a derecho.”¹¹

¹¹ TEORÍA DE IMPUTACIÓN PERSONAL, Daza Carlos, México Criminalia, 1997, pág. 81.

“La responsabilidad Penal es aquella que imputa al culpable de un acto contrario a la ley, realizado con culpa o dolo.”¹²

“Incurren en responsabilidad penal los funcionarios que en el ejercicio de su cargo realizan actos u omisiones que constituyen delitos previsto y penado por la ley”¹³

De los conceptos analizados evidentemente que al hablar de responsabilidad nos enmarcamos en el hecho por el cual una persona con su obrar trasgrede a la ley a título de acción u omisión, bajo dicho contexto en las entidades financieras el o los funcionarios que en función de su cargo abusan de forma arbitraria del dineros de los ahorristas enfrentará una responsabilidad por romper el orden legal constituido de ahí que determinar el grado de participación responderá a los actos individualizados de cada una de las personas que intervienen en el acto penalmente relevante.

“El Código Integral Penal prevé, califica y castiga los hechos delictuosos imputables a los servidores públicos, sea por su participación activa en los mismos o por la mera pasividad ante el deber de intervenir, cuyas sanciones afectan a los derechos personales, en primer término de la libertad”¹⁴

Ahora bien, los actos a los que la ley y la doctrina refieren en el delito de peculado es estrictamente un actuar del funcionario con dolo, esto es con el ánimo y voluntad de causar daño en beneficio propio o de un tercero, pues toda vez que se desconozca algunos de los elementos constitutivos del dolo no puede ser considerado como responsable del delito de peculado.

¹² LA RESPONSABILIDAD CIVIL, ADMINISTRATIVA Y PENAL DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS, López Nelson, Quito: Asociación Municipalidades Quito, 2009, pág. 134

¹³ LA RESPONSABILIDAD CIVIL, ADMINISTRATIVA Y PENAL DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS, López Nelson, Quito: Asociación Municipalidades Quito, 2009, pág. 133

¹⁴ EL DELITO PECULADO EN EL ECUADOR, Bayardo C., Quito, Pichincha Ecuador, 2009.

De esta manera podemos concluir que en el delito de peculado, el servidor público o representante de cuerpos administrativos al momento que cometen el delito de peculado, abuso con conocimiento y voluntad de los bienes a su cargo, son autores del delito, principalmente porque la naturaleza del delito de peculado es doloso, al respecto Hans Welzel señala que “en los delitos dolosos es autor solamente aquel que mediante una conducción, consciente del fin, del acontecer causal en dirección al resultado típico, es señor sobre la realización del tipo.”¹⁵

LA OMISIÓN EN EL PECULADO

En líneas anteriores se señaló que el delito de peculado es un delito doloso por excelencia, no admite un actuar culposo, toda vez que la culpa determinaría responsabilidades de carácter civil o administrativo, en tal virtud la responsabilidad del sujeto activo se determinará por la acción u omisión deliberada con el ánimo de causar daño o perjuicio, sea en beneficio propio o de un tercero.

“Para que el dolo se configure como tal se necesita:

1. El conocimiento de las circunstancias de hecho ya existentes.
2. La previsión del resultado.
3. La previsión del curso de la acción.

Por lo tanto para la existencia del delito de peculado se requiere que el servidor público conozca la calidad de los bienes, la relación que lo une con ellos y que tenga la voluntad de abusar para obtener el resultado deseado, esto es, el cambio de la posesión actual de los bienes hacia la posesión particular de él o de un tercero.”¹⁶

¹⁵ LA CONDUCTA PUNIBLE Y SU AUTOR, Hans Welzel, Bogotá: Leyer, 1940, pág 81.

¹⁶ PECULADO TOMO I, Luis Cueva Carrión, Quito, 2006, págs. 183 - 184

En ese sentido podemos concluir que en el delito de peculado se puede establecer la responsabilidad del cuerpo administrativo de las entidades financieras como acción u omisión de un acto deliberado doloso, no cabe un acto u omisión culposa, se requiere la existencia de los elementos constitutivos del dolo para incurrir en el injusto penal.

El Código Orgánico Integral Penal en el artículo 28 regula la omisión y señala: “**Art. 28.** Omisión dolosa. - La omisión dolosa describe el comportamiento de una persona que, deliberadamente, prefiere no evitar un resultado material típico, cuando se encuentra en posición de garante.

Se encuentra en posición de garante la persona que tiene una obligación legal o contractual de cuidado o custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico y ha provocado o incrementado precedentemente un riesgo que resulte determinante en la afectación de un bien jurídico.”¹⁷

En derecho penal, el delito omisivo aparece de varias formas:

- Como delitos de omisión pura o propia
- Como delito de omisión y resultado
- Como delitos de omisión impropia, o de comisión por omisión

Francisco Muñoz Conde, al referirse a la omisión propia señala que “esta forma de omisión consiste simplemente en la infracción de un deber de actuar”, es decir que el deber de hacer o su omisión se encuentra debidamente tipificado en el cuerpo normativo y que la infracción del tipo genera responsabilidad penal, en tanto que al referirse a la omisión impropia o comisión por omisión señala que: “el comportamiento omisivo no se menciona expresamente en el tipo, que solo describe y prohíbe un determinado comportamiento activo, pero las más elemental sensibilidad jurídica obliga a considerar equivalentes desde el punto de vista valorativo y a incluir, por tanto, en la descripción típica del comportamiento prohibido

¹⁷ CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL

determinados comportamientos omisivos que también contribuyen a la producción del resultado prohibido”¹⁸.

Ante este razonamiento surge la tesis de una responsabilidad del tipo penal de peculado a título de omisión, según la regulación del Código Orgánico Integral Penal, toda vez que esta conducta sea deliberada y con el ánimo de causar daño, pues si la omisión resulta de un acto negligente, estaríamos frente a un hecho culposo, donde no confluyen los elementos cognitivo y volitivo del dolo, por lo tanto no se puede imputar responsabilidad penal por el delito de peculado, estaríamos frente a un supuesto de responsabilidad civil o administrativa.

Por lo tanto, surge la necesidad de implementar en las instituciones financieras, programas de prevención y cumplimiento normativo Compliance, que disminuya la criminalidad frente al delito de peculado o de cualquier otro delito económico, para así tener un sistema que desde la esfera privada permita tener un control estatal del ejercicio económico de intermediación financiera.

COMPLIANCE PENAL, MARCO CONCEPTUAL

Compliance, término anglosajón que literalmente significa Cumplimiento, nace para la aplicación de programas de prevención y cumplimiento de las empresas, acorde al ordenamiento jurídico vigente de cada estado, en donde las personas jurídicas y sus representantes operan enmarcados o en armonía del derecho vigente y así evitar actos de criminalidad o corrupción.

De esta forma nos encontramos frente a programas de ética de empresa, resulta sorprendente como de una terminología sencilla como “Cumplimiento”, surge toda una teoría de aplicación normativa que preponderantemente tiene un carácter preventivo mediante la creación de

¹⁸ DERECHO PENAL PARTE GENERAL, Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 241.

programas y sistemas preventivos que permitan empresas más cumplidoras de la ley y el ordenamiento jurídico vigente.

OBJETO DE LOS SISTEMAS DE CUMPLIMIENTO

El objeto de los programas de cumplimiento, es la prevención de actos penalmente relevantes de sus funcionarios y miembros del cuerpo administrativo de empresa, los sistemas de cumplimiento permiten tener funcionarios de empresa a cualquier nivel debidamente capacitados, conocedores del ordenamiento jurídico vigente y sobre todo conscientes de las consecuencias jurídico penales de incurrir en tipos penales de carácter económico, como el delito de peculado, el compliance no nace como un sistema de temor o aplicación por obligación de programas preventivos, al contrario e un sistema amigable del ordenamiento jurídico que permitirá empresas virtuosas y en armonía de la ley y sobre todo permite tener personal debidamente capacitado; de esta forma el objeto del Compliance es coadyuvar al derecho penal para disminuir la criminalidad de los funcionarios frente al delito de peculado.

APLICABILIDAD DE PROGRAMAS DE PREVENCIÓN EN ENTIDADES FINANCIERAS

Para el desarrollo de programas de Compliance o Cumplimiento, en las empresas o entidades financieras se debe implementar controles internos que permitan cumplir con objetivos de probidad, alejados de corrupción y con estándares de ética empresarial, para dicho efecto se debe implementar un departamento para la administración de riesgo, establecer un sistema de documentación, análisis de riesgo, establecer normas de conducta, etc.

Del mismo modo las empresas y el cuerpo administrativo deben desarrollar sistemas de gobierno corporativo debidamente capacitado y que permita llegar con los sistemas de cumplimiento a todo nivel de empresa, en este caso de las instituciones financieras, básicamente la aplicación de un gobierno corporativo permitirá evitar los abusos en el orden jerárquico y la influencia de temor para el cometimiento de delitos como el peculado bancario.

Finalmente, en esta relación tripartita de aplicación de programas de compliance, se debe implementar en las empresas códigos de éticas destinados a combatir actos de corrupción o la infracción penal en delitos económicos.¹⁹

Cada uno de estos tres pilares para la aplicación de Compliance en las entidades financieras son de plena aplicabilidad y vigencia, puesto a que son exigencias que van de la mano de los distintos entes de control estatal tales como Superintendencias y UAFE; tan vigente o eficaz resulta la aplicación de programas de prevención empresarial toda vez que permitirán prevenir infracciones penales o excluir responsabilidades si se ha determinado un acto u omisión contrario a ley y que este acto no corresponda a una responsabilidad del cuerpo administrativo, no se podrá alegar complicidad o falta de actos preventivos que en su momento pudieron prevenir el ilícito.

CONCLUSIONES

- El delito de peculado castiga los actos que contravengan el normal desarrollo de la actividad pública y de sus funcionarios, constituye un delito económico que previene el abuso sobre los bienes públicos del funcionario encargado de su cuidado y buen uso.
- El delito de peculado, constituye un tipo penal de prevención frente a actos de corrupción y que conforme se encuentra regulado en el Código Orgánico Integral Penal, este puede ser juzgado en ausencia del procesado.
- El delito de peculado de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente en el Ecuador forma parte de los delitos económicos que no prescriben por el transcurso del tiempo, característica que busca erradicar la impunidad de este tipo de delitos.

¹⁹ COMPLIANCE Y TEORIA DEL DERECHO PENAL, Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel e Iñigo Ortiz Urbina Gimeno, Marcial Pons, Madrid, 2013, págs. 23-24

- El peculado bancario surge por la necesidad de proteger el dinero de los usuarios del sistema financiero nacional, dinero que constituye un bien jurídico que forma parte de un orden económico social, cuyo objeto es evitar acciones abusivas de las entidades financieras que puedan derivar en actos de inestabilidad económica o incertidumbre financiera del sector bancario.
- Se concluye que el sistema Financiero Nacional debe cumplir sus actividades en apego estricto a principio de confianza y solvencia, que garanticen el orden económico social y disminuya actos de criminalidad derivados del actuar abusivo de los funcionarios bancarios o sus representantes.
- El delito de peculado constituye un delito eminentemente doloso, no cabe responsabilidad a título de culpa, el actuar culposo del sujeto activo deriva en responsabilidades de carácter civil o administrativo, pero no de carácter penal.
- Tanto los funcionarios de las entidades financieras, así como los miembros del cuerpo administrativo pueden ser responsables del delito de peculado a título de acción u omisión.
- La omisión para imputar responsabilidad en el delito de peculado, debe ser resultado de un acto deliberado con el ánimo de causar daño en beneficio propio o de un tercero, más no puede ser resultado de un actuar negligente o culposo.
- El Compliance Penal surge como un instrumento de prevención para evitar la criminalidad frente al delito de peculado conforme se encuentra regulado en el Código Orgánico Integral Penal.

- El fin primario del Compliance o de los sistemas cumplimiento es la prevención de contravenir el ordenamiento jurídico vigente mediante la aplicación de programas de capacitación y prevención.
- Los sistemas de cumplimiento son plenamente aplicables en las entidades financieras del sistema financiero nacional, toda vez que no contraviene el orden jurídico nacional y coadyuvan al fin del derecho penal para disminuir la criminalidad frente al delito de peculado y demás delitos económicos.
- Los sistemas de cumplimiento Compliance, permite tener entidades financieras más virtuosas y respetuosas del ordenamiento jurídico vigente, con personal debidamente capacitado.
- Los sistemas de cumplimiento Compliance, a más de desempeñar una función preventiva, servirán como elementos de descargo de las entidades financieras y cuerpo administrativo en procesos de acusación formal en vía judicial.

BIBLIOGRAFÍA

- Agustina Sanllehí, José Ramón, (2010) *El delito en la empresa. Estrategias de prevención de la criminalidad intra-empresarial y deberes de control del empresario*, Atelier, Barcelona.
- Albán Gómez, Ernesto, *Manual de Derecho Penal*, Quito, Legales S.A.
- Bacigalupo Zapater, Enrique, (2005) *El Actuar en Nombre de Otro, Curso de Derecho Penal Económico 2ª edición*, Marcial Pons, Madrid.
- Cabanellas, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, Argentina, Heliasta S.R.L.
- Carrera, D, (1995) *Peculado de Bienes y Servicios Público*, Córdoba y Mediterránea.
- Cueva, Luis, (2006), *El Peculado*, Quito, Cueva Carrión
- Conde, M. (1999) *Teoría General del Delito*, Bogotá, Temis
- Donna, Edgardo (2008) *Derecho Penal Parte General*, Rubinzal Culzoni
- Lothar Kuhlen, Montiel Juan Pablo (2013) *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, Madrid Marcial Pons.
- Roxin, Claus (1997) *Derecho Penal Parte General, Tomo I*, Madrid Civitas

- Roxin, Claus (1998) *autoría y dominio del Hecho en el Derecho Penal*, Madrid Marcial Pons.
- Schünemann, Bernd (2019) *El Derecho penal en el Estado democrático de Derecho y el irrenunciable nivel de racionalidad de su dogmática*, Editorial Reus, España.
- Tomassini, Fiorella (2014) *Algunas consideraciones sobre el rol de la sección, El derecho privado de la Doctrina del derecho en la filosofía kantiana del Estado*, Areté. Revista de Filosofía, Lima, Universidad Católica del Perú.
- Zambrano Pasquel, Alfonso *Práctica Penal El caso Filanbanco: Peculado Bancario y Extradición*, Tomo II, Editorial Edino,

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

DICCIONARIOS

- Cabanellas, G. (2008). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta.
- Larousse. (1992). *Diccionario jurídico*. Bogotá: Planeta.
- Martínez, R. (2008). *Diccionario Jurídico Teórico Práctico*. Quito: Primera Edición.

CUERPOS LEGALES

- Código Orgánico Integral Penal (2014)
- Constitución de la República (2008)
- Acuerdos y tratados internacionales

LINKOGRAFÍA

- <http://www.uazuay.edu.ec/bibliotecas/biblioteca-digital>
- <http://www.scielo.org/php/index.php?lang=es>
- <http://redalyc.uaemex.mx/>
- <http://www.latindex.unam.mx/>

- <http://www.scopus.com/home.url>
- <http://scholar.google.com/>