



**Universidad del Azuay**

**Maestría en Derecho Penal**

**El Peculado en los Bancos Privados**

**Trabajo de graduación previo a la obtención del título de**

**Master en Derecho Penal**

**Autor: Víctor Llerena Maldonado**

**Director: Dr. Juan Carlos Salazar**

**Cuenca, Ecuador**

**2012**

## **Dedicatoria**

A mis hijas, fuerza motriz de mi vida  
Que aunque lejos les llevo en mi corazón  
GABRIELA Y PAULA.

A mis Padres,  
VICTOR y CARMEN,  
En sus 50 años de vida matrimonial,  
Ejemplo raro en estos días,  
De principios, virtudes y valores;  
Y que el matrimonio es para  
Toda la vida.

A mi cónyuge,  
ANITA,  
Eterna compañera.

A mi amiga,  
SANDRA,  
Influencia decisiva en  
Esta maestría

## **Agradecimiento**

A un maestro del Derecho Penal  
Sandro Abraldes, por todo lo enseñado; y,  
A Juan Carlos Salazar, por el apoyo  
Brindado como director de tesis

## INDICE DE CONTENIDOS

Dedicatoria	ii
Agradecimiento	iii
Índice de Contenidos	iv
Resumen	vii
Abstract	viii

<b>INTRODUCCION</b>	<b>1</b>
---------------------	----------

### **CAPITULO 1 GENERALIDADES**

<b>1.- ANTECEDENTES HISTORICOS</b>	<b>7</b>
<b>2. DEFINICION</b>	<b>12</b>
<b>3.- UBICACIÓN DEL PECULADO ENTRE LOS DELITOS DE LA ADMINISTRACION PUBLICA</b>	<b>18</b>
<b>4.- EL PECULADO Y SUS ARIANTES</b>	<b>21</b>
a) Peculado por Apropiación	22
b) Peculado de Uso	24
c) Peculado por Error Ajeno	26
d) Peculado por Aplicación Oficial Diferente	26
e) Peculado Culposo	27
f) Peculado por Extensión	28
g) Peculado de Servicios	29

### **CAPITULO II TIPO PENAL DEL PECULADO**

<b>1.- ELEMENTOS DEL TIPO</b>	<b>31</b>
1.1 El abuso como verbo del delito de peculado	31
1.2 Abuso – Poder	33
1.3 El abuso y la Tenencia del objeto del delito	35
1.4 Gravedad del Abuso	36

1.5 Abuso por Omisión	38
1.6 Abuso y sus Mecanismos	39

<b>2.- LA CALIDAD DEL FUNCIONARIO PÚBLICO DEL SUJETO ACTIVO CALIFICADO</b>	45
2.1 Antecedentes de los Sujetos	45
2.2 Definición	48

### **3.- EL SUJETO PASIVO, LA ADMINISTRACION PÚBLICA O EL ESTADO 74**

<b>4.- LOS DINEROS Y BIENES DEBEN SER PUBLICOS</b>	76
4.1 Definición del Sujeto Material	76
4.2 Análisis del objeto material en el delito de peculado	77
4.2.1 Objeto del delito	78
4.2.2 Los bienes deben pertenecer al sector público	81
4.2.3 La necesidad de poseer o tener el dominio de los bienes	84
4.2.4 Si el objeto es privado, pero están a cargo del sector público	84

## **CAPITULO III**

### **TIPO PENAL DEL PECULADO DE LOS BANCOS PRIVADOS**

<b>1.- ELEMENTOS DEL TIPO</b>	86
<b>2.- LA CALIDAD DEL EMPLEADO PRIVADO DEL SUJETO ACTIVO</b>	87
<b>3.- EL SUJETO PASIVO, ES UN BANCO PRIVADO</b>	91
<b>4.- LOS DINEROS Y BIENES SON PRIVADOS</b>	93

## **CAPITULO IV**

### **ANALISIS DE LOS DOS TIPOS DE PECULADOS**

<b>1.- ANALISIS COMPARATIVO Y CRÍTICO DEL PECULADO Y EL PECULADO DE LOS BANCOS PRIVADOS.</b>	96
----------------------------------------------------------------------------------------------	----

## **Resumen**

Desde un tiempo atrás, a pretexto de la lucha en nuestro país contra la corrupción, ha llevado a endurecer y distorsionar los tipos penales, entre ellos el peculado. Llegando a hacerle extensivo este tipo penal a la Banca Privada, en donde se considera sujetos especiales a personas (empleados privados) que no son tales; a bienes privados tratados como públicos; atribuir a empleados privados la fidelidad de un funcionario público; es decir, se trastoca en su esencia el tipo penal, llevando indebidamente a juzgar a empleados bancarios como peculadores públicos. En esta obra se hace este análisis y se deja sentando la protesta por éste indebido actuar.

## ABSTRACT

Money laundering is the result of other crimes that have developed through history and that are mainly executed by criminal organizations such as drug dealing, human trafficking, drug trafficking, and terrorism among others. Money laundering is the mechanism to “legalize” the results of these activities. The financial systems are affected as well as the countries’ economies and free competition of markets –legal assets– because of the flow of illicit money that enters the different markets. For these reasons, different mechanisms are employed in order to improve the control of the financial system.



  
Translated by,  
Diana Lee Rodas

## INTRODUCCION

A partir del regreso a la democracia (1979), nuestro país se ve envuelto en un auge y un despertar en forma cada vez más progresiva de un mal llamado fenómeno “corrupción”, y con ello el crecimiento de los delitos contra la administración pública, entre los cuales está el peculado; pues, los cargos públicos pasan a ser ocupados por personas en unos casos elegidos mediante votación popular y en otros por designación de las autoridades elegidas democráticamente; personas que en el ejercicio de sus funciones incurrían con mucha frecuencia en este tipo de delitos. Esta problemática crece en forma vertiginosa, y ahí tenemos que en nuestro país entre la década de 1996 y 2006, cambiamos de presidente por ocho ocasiones (Bucarán, Arteaga, Alarcón, Mahuad, Noboa, Gutiérrez, Palacios y Correa); tuvimos un cierre bancario (marzo 2000), lo que dio lugar a una de las mayores crisis del sistema financiero produciendo el cierre de varios bancos, y una crisis económica galopante, todo lo cual hizo que se tomen diferentes políticas económicas entre las que podemos mencionar por su trascendencia la eliminación de nuestra moneda el Sucre por el Dólar, es decir se entró en el proceso de dolarización.

Sin embargo el crecimiento de la corrupción no sólo es sentido en las instituciones financieras públicas o en el sector público, sino también en la banca privada, dando como ya se expresó una de las más grandes crisis del sistema financiero en nuestra vida republicana, lo que dio lugar al incremento de los mal llamados delitos de peculado a la banca privada. Por el incremento delictual del peculado tanto del sector público (presidentes que se fugaban del país), así como de la banca privada; se eleva el peculado y otros delitos contra la administración pública a la constitución, prohibiendo ser candidatos de elección popular<sup>1</sup>; e incluso en 1998<sup>2</sup>, se introduce en la constitución de

---

<sup>1</sup>Ley No. 10 (R.O. 73-S, 27-V-97) EL CONGRESO NACIONAL, REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR; Art. 1.- A continuación del artículo 74, añádase uno con el siguiente texto: “Art. 74-A.- No podrán ser candidatos a un cargo o dignidad de elección popular:

a) Quienes hubieren recibido condena penal ejecutoriada por delitos de **peculado**, concusión o cohecho, aunque la pena haya sido cumplida o haya prescrito; (...)

d) Aquellos contra quienes se haya dictado orden judicial de detención dentro de un proceso iniciado en su contra por delitos de **peculado**, concusión o cohecho o hayan sido llamados a plenario mediante auto ejecutoriado por los mismos delitos.

<sup>2</sup>CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR (1998). **Art. 121.-** Las normas (...) Los dignatarios elegidos por votación popular, los delegados o representantes a los cuerpos

ese año, un artículo que se mantiene en la actual constitución; que a más de elevar el peculado y otros delitos a la norma constitucional, se realiza dos cambios jurídicos importantísimos, *el uno* referente a que éstos tipos penales son imprescriptibles (esto por el hecho de que empleados públicos o presidentes, se fugaban del país y regresaban, luego de haber prescrito), esto es, no prescribe el poder de la Fiscalía de iniciar la acción penal en contra del imputado o acusado, apartándose totalmente de las normas generales del derecho penal, y, *el segundo cambio*, en cuanto a que permitía la constitución de 1998 y lo permite actualmente nuestra nueva constitución del 2008, en cuanto a realizar el juzgamiento en ausencia del imputado o acusado, a fin de poder llegar a su condena y no quedar en la impunidad el suceso delictivo en éste tipo de infracciones. Estas soluciones fueron prácticas pero no jurídicamente estudiadas, que han permitido iniciar y continuar gran cantidad de procesos de peculado, pero, no han sido la solución para mermar la criminalidad.

Este descontento social, de ver presidentes, funcionarios públicos y banqueros privados que se fugan y no pagan sus acciones de desvalor, llevo al Estado a tratar de frenar estos delitos, como acción reacción, sin mayor análisis y con un sentimiento o aire de venganza. Lo cual no es correcto pues “el estado no puede, por medio de sus funcionarios, vengar un delito, sino juzgarlo conforme con las Leyes preexistentes. No estamos en el medioevo del derecho penal. Los tiempos de TORQUEMADA Y SAVONAROLA, despreciables, inquisidores, ya están superados. Entendemos que la delincuencia (sobre todo la corrupción de nuestro país) está acorralando al Estado, como se refleja en la grave situación de orden público que vive el país, pero esto no otorga patente de corso para cometer una serie de tropelías procesales”<sup>3</sup>, en el derecho penal y fundamentalmente en los tipos penales.

---

colegiados de las instituciones del Estado y los funcionarios y servidores públicos en general, estarán sujetos a las sanciones establecidas por comisión de delitos de **peculado**, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán **imprescriptibles** y, en estos casos, **los juicios se iniciarán y continuarán aun en ausencia de los acusados**. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aunque no tengan las calidades antes señaladas; ellos serán sancionados de acuerdo con su grado de responsabilidad.

<sup>3</sup> SALAZAR Pineda Gustavo, “Yo defendí a Rodríguez Gacha”, Edit. Jurídica Radar, Bogotá, 1990, pp 74.

Tenemos que en el Ecuador desde 1871, está el peculado dentro del nuestro Código Penal, sin embargo, estaba dirigido a los funcionarios públicos. Y partir de 1977, dentro de los sujetos de los delitos especiales, se reguló y se hizo extensivo el tipo penal de peculado, a la banca privada, con lo que nace o surge en la parte objetiva del tipo vinculada con lo sujetos, nuevas personas como son los *empleados de la banca privada, ligadas al tipo penal peculado*; aspecto no correcto desde la óptica jurídico penal como se lo apreciará en el desarrollo de éste trabajo. Estos nuevos sujetos, no fueron (desde su incorporación al tipo penal) analizados y estudiados debidamente, por la doctrina o jurisprudencia, pues, sus casos eran esporádicos; sin embargo, con el problema descrito (en el punto anterior) de mi país (corrupción, crisis económica y financiera) y la solución económica (dolarización); adquiere trascendencia e importancia, estos nuevos sujetos de los delitos especiales, como son los empleados privados. Igual ocurre con otros sujetos de los delitos espec, como es el caso del que mata al descendiente o ascendiente (parricidio), pues su pena que era de doce a dieciséis años se le incremento de dieciséis a veinticinco (art. 452 Código Penal); algo similar con el delito de violación, pues, no se especificaba a sujetos activos como los ascendientes o descendientes, y a partir de Septiembre del 2001 se los considera, imponiéndoles una pena mayor, de dieciséis a veinticinco años (art. 514 inciso segundo del Código Penal), pena mayor al del sujeto activo común y corriente. Como se aprecia no ha existido en nuestro país un mayor análisis de lo sujetos de los delitos especiales, como son los funcionarios del Estado sean estos judiciales, legislativos y del ejecutivo; e incluso, si estos empleados de las personas jurídicas privadas está correcto que por norma legal se los asimile a funcionario público, tampoco se analiza a otros sujetos especiales como los de citados; ni hay tampoco un análisis de su grado de participación, es decir, que aparte de nombrarles en nuestra normas penales a los empleados de bancas privados como sujetos activos de peculado, no ha se ha dado por parte de la doctrina ni de la jurisprudencia un mayor análisis de dichos sujetos.

Algunos autores distinguen los delitos especiales en los llamados *propios*, que no tienen una figura delictiva común paralela (como los delitos de prevaricación de funcionario público, de Juez o Magistrado, de cohecho) y *los impropios*, que parecen como figuras paralelas a otras comunes, que pueden ser realizadas por cualquier persona (como el allanamiento de morada). Esto desde un punto de vista meramente formal, porque desde el punto de vista material, en relación con el contenido del lo injusto sólo merecen

consideración de delitos especiales –propios e impropios- aquellos en que la conducta del autor lleva aparejada la infracción de un deber jurídico específico. Este es el caso de los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo; no siendo en cambio delitos especiales en sentido estricto aquellas figuras delictivas en la que la conducta del autor no lleva aparejada la infracción de un deber jurídico específico<sup>4</sup>; tesis criticada, pues se dice que los obligados fueran siempre autores, cualquiera que fuese su intervención. Otra parte de la doctrina da importancia, en los delitos propios e impropios, a la calidad de intraneus y extraneus, así como a la dominabilidad, aspectos que lo analizaremos más detenidamente a lo largo del trabajo.

En nuestro país, si bien por la normativa legal los empleados privados de banco, los que laboran en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, los de la Contraloría, los de la Superintendencia de Bancos, pasan a ser considerados sujetos de delito especial, sin embargo, como ya lo expresamos no es correcto y además tenemos dificultad de su ubicación, así desde el punto de vista formal tenemos: a) podríamos ubicarlo en los *delitos especiales propios*, porque por mandato legal estos sujetos, se los ubica en tipo penal determinado y no tendría una figura delictiva común paralela; y b) sin embargo, podría también ubicársela en los *delitos especiales impropios*, debido a que la mala redacción de legislador, da la posibilidad a que surjan como figuras paralelas a otras comunes, que pueden ser realizadas por cualquier persona. Por otra parte, sujetos mencionados en las primeras líneas de éste párrafo, desde el punto de vista material, su conducta de autor debe llevar aparejada a la infracción un deber jurídico específico, para ser considerado como tal en estricto sentido, sin embargo de aquello, dichos sujetos no lo tiene, como si se lo ve en los funcionarios públicos.

De ahí que la autoría del extraneus (no funcionario, no funcionarios al círculo pertinente, funcionario sin deber específico), es básicamente imposible y lo que es más, genera lagunas en la ley, y que son llenadas parcialmente<sup>5</sup>.

Como apreciamos nuestro legislador hizo extensivo la calidad de sujeto activo del delito peculado, sin que existiera un mayor análisis en su momento, ni se lo ha hecho

---

<sup>4</sup> MIR Cerezo, “Obras completas, Derecho Penal, Parte General”, Tomo I, Editorial Ara, Lima, Julio 2006. pág. 504.

<sup>5</sup> MAURACH Reinhart, “Derecho Penal, Parte General”, Tomo I, Editorial Astrea, pág. 369, Buenos Aires, 1994.

posteriormente; ni tampoco la doctrina ni la jurisprudencia se han encargado de ellos; no así en la actualidad, en donde por la crisis bancaria mencionada, comienzan aparecer una serie de delitos en la banca privada, y los empleados de dichas instituciones, comienza a ser enjuiciados como sujetos del delito de peculado, e igualmente ocurre por el grado de corrupción de nuestro país, que empleados de diversas instituciones de la banca privada, personas extraneas, se vean juzgados por infracciones cometidas en el desempeño de sus funciones, como delitos especiales, cuando no lo son. Para ello, en este trabajo abordaremos doctrinariamente, los conceptos ligados a los sujetos de los delitos especiales, como son la tesis de los delitos de deber (Pflichtdelikte), los delitos de dominio (herrschaftsdelikte); los grados de participación (autor, autor mediato, coautor, cómplice), todo con ello con el fin de aportar que a futuro el legislador cuando regule sobre el delito de peculado, lo haga, desde un técnica jurídica, y no por las presiones de una delictividad que avanza a grandes pasos.

Por otro lado, tenemos el objeto material del tipo penal del peculado que de acuerdo con nuestra ley son: *dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo*; sin embargo, estos doctrinariamente merecen un mayor análisis, pues, tendremos y vamos examinar a lo largo del presente trabajo, si los bienes deben ser públicos, si son confiados al funcionario público<sup>6</sup>, que en determinadas circunstancias los bienes privados equivalen a los públicos, la pertinencia de los bienes de la administración pública, es decir, hay una gama amplia de posibilidades que trataremos de despejar las dudas, para que de igual manera que con el sujeto activo ver si desde el objeto material del tipo penal, el peculado de los empleados de la banca privada, encasillan su conducta en el tipo penal.

Con esta investigación, aspiramos dejar en forma clara y precisa señaladas las características y requisitos de los sujetos activos, de los bienes y elementos del peculado; en consecuencia, sabremos quiénes son y deben ser considerados éste tipo de

---

<sup>6</sup> CARRERA P. Daniel, PECULADO de bienes y servicios públicos, edit. Mediterránea, Córdoba, 2005, pág. 132.cita a CREUS, Ob. cit. 575, p. 316, entiendo que no son públicos aquellos bienes sobre los cuales el Estado asume responsabilidades de guardador o hasta de administrador, pero sin tener la facultad de disponerlos para la atención de servicios o la consecución de fines públicos, aunque pueda ejercer sobre ellos determinados derechos reales.

sujetos, su grado de participación, que bienes y que elementos. Con éste análisis se concluirá evidentemente que los empleados de la banca privada, contemplados en nuestra ley, no son correctos y que por ende amerita una reforma inmediata, para encasillar y regular las infracciones de los empleados de la banca privada.

## CAPITULO I

### GENERALIDADES

#### 1.- ANTECEDENTES HISTÓRICOS.-

Entre los romanos existía grandes interrogantes del delito de peculado, uno de ellos referente a las personas que pueden cometer estos delitos; pues no todo hurto de dinero público es peculado, sino que debe considerarse la calidad del ladrón, habida cuenta de su persona, y del título mediante el cual el dinero público es por él poseído. En cuanto a la persona incurren en este delito los tesoreros, los recaudadores, los cajeros, los superintendentes de los servicios de abastos, y del cobro de los tributos, los jueces, y generalmente los administradores de dinero público; a estos se deben agregar, por causa de complicidad, aquellos que con su cooperación hubiesen facilitado el delito, de suerte que un particular que hubiese robado a un cajero deudor de cantidad, no es reo de peculado sino de hurto. Además en cuanto al título por el cual se posee el dinero, no eran, según el derecho romano, imputables de peculado los que se apropiaban del dinero público que poseía por su cuenta y del cual eran deudores de cantidad y no de especie. Estos eran considerados como deudores privados del Estado y no reos de este delito, y, según la opinión de algunos, podían ser acusados de falta de residuos o saldos. En Toscana los administradores que se apropian del dinero público a ellos confiado sea poseído por su cuenta y riesgo, o no, son reos de peculado indistintamente<sup>7</sup>. Se puede ver que desde la antigüedad, los delitos especiales como el peculado, no era fácil, el determinar sus condiciones especiales.

Como se aprecia, es indiscutible que entre los delitos especiales, uno de los más antiguos es los que van en contra de la administración pública (peculado), por ende, los sujetos de éste tipo de delitos son los antecedentes históricos más remotos, y es así como “entre las más antiguas leyes de la humanidad que conocemos, el *Código de Manú o Leyes de Manú (Manva – Dharma Satra)* dedica algunas de sus disposiciones al

---

<sup>7</sup> CARMIGNANI Giovanni, “Elementos de Derecho Criminal”, Editorial Temis Librería Bogotá-Colombia 1979, pp. 494-497.

peculado o concusión. Su libro VII, relativo a la conducta que deben observar los reyes dice:

“40. Muchos soberanos, a consecuencia de su mala conducta, han perecido con su bienes, mientras que ermitaños han obtenidos reinos por su cordura y humildad”.

O esta otra:

“124. Los empleados que llevan su perversidad hasta sacar dinero de los que tiene que tratar con ellos deben ser despojados por el rey de todos sus bienes y desterrados del reino”.

Se puede ver, ya entonces, alrededor de 1.000 años antes de nuestra era, es decir, con una antigüedad de 3.000 años, más o menos, sin poder fijar con exactitud la fecha de su redacción, se penaba el delito de peculado o concusión en términos generales, pero de ningún modo ambiguo.

Lo mismo ocurre con los manuscritos encontrados cerca del Mar Muerto, y a los que se da el nombre de “Rollo del Mar Muerto”. Algunos de ellos llevan el título de Comentarios de Nabun y Comentarios de Habacuc, y se les asigna una fecha que es aproximadamente de 70 años de nuestra era. En esos rollos se habla de un sacerdote impío en lucha abierta con otro personaje simbólico llamado Maestro rectitud, en los siguientes términos:

*“El sacerdote impío que fue llamado con el nombre de verdad cuando inició su ministerio, pero cuando gobernó sobre Israel su corazón se exaltó y abandonó a Dios y traicionó los estatutos en beneficio de la riqueza de los hombres de violencia que se habían rebelado contra Dios; y tomó la riqueza de los pueblos, sumando así sobre sí mismo el pecado de extralimitación; y fraguó caminos de iniquidad con toda impureza de lo inmundo”.*

“El sacerdote impío a quien, debido al mal inferido al Maestro de rectitud y a los hombres de su partido, Dios entregó en manos de sus enemigos para que los atormentaran a golpes a fin de que pudiera ser exterminado con amargura en el corazón, por el mal que había hecho a su elegidos”<sup>8</sup>.

Así, como en este antecedente remoto del delito de peculado se aprecia; podemos decir, que los sujetos en estos éste delito siempre requieren condiciones específicas, las requeridas por tipo penal especial (*intraneus*, los funcionarios, el prevaricato judicial).

Se puede observar también, que no vamos a tener un desarrollo histórico en los sujetos del delito de peculado, único o unánime; puesto que, el antecedente histórico de estos sujetos, dependerá del antecedente que cada legislación y como ellas conciban el tipo penal del peculado, con el denominador común de que en el peculado los sujetos, en especial el *intraneus* requería condiciones específicas, y por ende su desarrollo histórico diferirá, pero como dijimos tendrán el denominador común referido.

En nuestro país, el delito de peculado es regulado desde el primer código penal en adelante, así que lo tenemos en los códigos penales de 1837, 1871, 1889, 1906, 1938 y 1960<sup>9</sup> y 1971; teniendo aspectos que vale destacar como: a) Se partió del Código de

---

<sup>8</sup> ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Tomo XXI, Edit. Driskill S.A., Argentina, 1978, Pág. 948.

<sup>9</sup> CODIGO PENAL 1837

#### **Capítulo I, DEL EXTRAVÍO, MALVERSACIÓN Y MALA ADMINISTRACIÓN DE LOS CAUDALES Y EFECTOS DE LA HACIENDA NACIONAL**

Art. 334.- Si extraviaren o malversaren a sabiendas, caudales o efectos de la hacienda nacional, cuyo importe no exceda de las fianzas que hubieren prestado en seguridad de su manejo, además de las penas de privación de empleo y multa expresadas, serán declarados infames, condenados a obras publicas por dos a seis años, y cumplidos que sean, quedaran inhábiles por cuatro años para obtener empleo alguno.

Art. 335.- Si el extravió, usurpación o malversación de caudales o efectos, excedieren de las fianzas que hubieren prestado para seguridad de su manejo, serán declarados infames, privados de sus empleos, inhábiles perpetuamente para obtener otros y condenados a obras publicas por cuatro a diez años.

Art. 336.- Los funcionarios expresados en el artículo 332, que por negligencia o descuido, dieren lugar a que se extravíen o pierdan algunos caudales o efectos de la hacienda nacional, serán privados de sus empleos, y pagaran los caudales y efectos perdidos o extraviados.

1°.- Cuando el extravió o pérdida dimanare de no haberse cobrado oportunamente los intereses de la hacienda nacional, los Tesoreros, Administradores, Contadores, Colectores y demás funcionarios a

---

quienes corresponda el cobro o recaudación, que hubieren sido omisos en hacerlo, serán suspensos de sus empleos, por uno a cuatro años, y pagaran lo que hubieren omitido cobrar o recaudar.

2°.- Se tendrá por extraviado o perdido, lo que los deudores de la hacienda nacional debieren, para el efecto de constituir a los funcionarios expresados en la responsabilidad de este artículo, pasado que sea un año, desde el día que se contrajo la deuda o que se cumplió el plazo en que debiera pagarse.

Art. 337.- Los funcionarios de que habla el artículo 332, que abusando de sus empleos dilataren los pagos debidos, a pretexto de no tener fondos para hacerlos, con el fin de comprar por si o por interpuesta persona, los créditos a menor precio, o de obtener algún premio, ventaja o interés en el pago, o de molestar de cualquier otro modo al acreedor, perderán sus empleos, y pagarán una multa del valor triple de la cantidad que debieren haber pagado y no hubieren satisfecho.

Art. 338.- Los mismos funcionarios encargados del manejo, administración o venta de los efectos o géneros estancados a favor de la hacienda nacional, que con igual abuso de sus empleos reservaren el todo o parte de los géneros o efectos que debieren vender al público, para expenderlos por cuenta de ellos mismos, o repartirlos a determinadas personas, con agravio y perjuicio del público, a quien se le supone faltar dichos géneros o efectos para la venta, perderán sus empleos, y serán apercibidos.

#### **CODIGO PENAL 1871**

##### **Capítulo IV, DE LOS ABUSOS Y CONCUSIONES COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS**

Art. 257.- Serán castigados con reclusión de tres a seis años todo empleado público, toda persona encargada de un servicio público, que hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, de piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuviesen en su poder en virtud o razón de su cargo.

Si el abuso no excede de la fianza, el culpable será castigado con la mitad de la pena precedente.

#### **CODIGO PENAL 1889**

##### **Capítulo IV, DE LOS ABUSOS Y CONCUSIONES COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS**

Art. 256.- Serán castigados con tres a seis años de reclusión menor todo empleado público y toda persona encargada de un servicio público, que hubieren abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen de piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo.

Si el abuso no excede de la fianza, se castigará al culpado con la mitad de la pena precedente.

#### **CODIGO PENAL 1906**

##### **Capítulo IV, DE LOS ABUSOS Y ACUSACIONES COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PÚBLICOS**

Art. 225.- Serán castigados con tres a seis años de reclusión menor los empleados públicos y toda persona encargada de un servicio público, que hubieren abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, de piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder, en virtud o razón de su cargo.

Si el abuso no excede de la fianza, se castigará al culpado con la mitad de la pena precedente.

Belga, del cual no nos hemos apartado, pues con los cambios realizados a lo largo de todos estos códigos, se mantiene la estructura del tipo penal de aquel código; b) El verbo *abusar*; se difiere del código Belga, estas pequeñas variaciones formales y de redacción, en que elimina el término “malversaciones” y “malversado”, y en emplea en cambio de ellos, nuestro código penal ecuatoriano, los términos “abusos” y “abusado”, que si bien ha producido dificultades de interpretación y aplicación, ha cualificado en forma más eficiente al delito de peculado, al núcleo del cual se deriva el tipo delictivo y al elemento intencionalidad tan necesario para la punición y reconocimiento de la infracción<sup>10</sup>; c) En el Código de 1971 -el que actualmente se encuentra vigente con

---

### **CÓDIGO PENAL 1938**

#### **Capítulo V, DE LA VIOLACIÓN DE LOS DEBERES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS, DE LA USURPACIÓN DE ATRIBUCIONES Y DE LOS ABUSOS DE AUTORIDAD**

Art. 236.- Serán reprimidos con tres a seis años de reclusión, menor los empleados públicos y toda persona encargada de un servicio público, que hubieren abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, de piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder, en virtud o razón de su cargo.

Si el abuso no excede de la fianza, se castigara con la mitad de la pena precedente.

### **CODIFICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL 1960**

#### **Capítulo V, DE LA VIOLACIÓN DE LOS DEBERES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS, DE LA USURPACIÓN DE ATRIBUCIONES Y DE LOS ABUSOS DE AUTORIDAD**

Art. 233.- Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años los empleados públicos y toda persona encargada de un servicio público que hubiesen abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo; ya consista el abuso en desfalco, malversación de fondos, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante.

Están comprendidos en esta disposición los que, como empleados, manejen fondos de los Bancos Central, del Sistema de Crédito de Fomento, y Comerciales, y de las Cajas de Previsión Social.

Los autores, cómplices y encubridores serán solidariamente responsables del valor íntegro del dinero desfalcado o materia del abuso, así como de los daños y perjuicios resultantes del acto.

La acción civil correspondiente al cobro de las indemnizaciones es imprescriptible, y la pena prescribirá en el doble de tiempo fijado en el Art. 107.

Tampoco es aplicable a estas infracciones la Ley de Gracia, ni tendrá cabida al abandono de la acción penal.

Serán también penal y pecuniariamente responsables los fiscalizadores de la Contraloría y los inspectores de la Superintendencia de Bancos que hubiesen intervenido en las fiscalizaciones anteriores, siempre que los informes emitidos implicaran complicidad o encubrimiento en el delito que se pesquisa.

<sup>10</sup> GARCIA José, “El Juicio por el delito del Peculado”, Edit. ...., Año de publicación, Pág. 14.

algunas reformas-, el peculado se lo tipifica en el artículo 257, y se realiza algunos cambios como de Caja de Previsión Social por del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social; además, a la responsabilidad solidaria del cómplice o encubridor, a la acción del cobro y la prescripción; d) En 1977 con la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, mediante Decreto Supremo, se reforma el art. 257 del Código Penal<sup>11</sup>, en donde se introduce como sujeto del peculado a la Banca privada, objeto del presente trabajo.

## 2.- DEFINICION.-

Existe varias acepciones, desde diversos puntos de análisis, comenzaremos desde un punto de vista genérico pasaremos al histórico, antiguo y actual, valiendo señalar que los dos primeros ya no tiene asidero, pues, han perdido importancia, sin embargo los expondremos.

En forma general según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, el peculado es el delito que consiste en el hurto de caudales del erario público, hecho por aquel a quien esta confiada su administración.

---

<sup>11</sup> **Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, Decreto Supremo** 1429, R.O. 337, 16-V-1977. (El Art. 396 sustituye este artículo)

**Art. 257.-** Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público, que hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que lo representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo; ya consista el abuso en desfalco, malversación, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante. La pena será de ocho a doce años si la infracción se refiere a fondos destinados a la defensa nacional.

Están comprendidos en esta disposición los servidores que manejen fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los bancos estatales y privados. Igualmente están comprendidos los servidores de la Contraloría General y de la Superintendencia de Bancos que hubieren intervenido en fiscalizaciones, auditorías o exámenes especiales anteriores, siempre que los informes emitidos implicaren complicidad o encubrimiento en el delito que se pesquisa.

Los culpados contra quienes se dictare sentencia condenatoria quedarán, además, perpetuamente incapacitados para el desempeño de todo cargo o función públicos; para este efecto, el juez de primera instancia comunicará, inmediatamente de ejecutoriado, el fallo a la Oficina Nacional de Personal y a la autoridad nominadora del respectivo servidor, e igualmente a la Superintendencia de Bancos si se tratare de un servidor bancario. El Director de la Oficina Nacional de Personal se abstendrá de inscribir los nombramientos o contratos otorgados a favor de tales incapacitados, para lo cual se llevará en la Oficina Nacional de Personal un registro en que consten los nombres de ellos.

La acción penal prescribirá en el doble del tiempo señalado en el artículo 101.

Desde el punto de vista contable viene a ser el peculado, la apropiación ilegítima de fondos públicos que comete el funcionario encargado de su administración, manejo o custodia.

En una concepción histórica, se dice con “criterio generalizado, la voz “peculado” procede de “peculio”, cuya raíz latina es *peculium*, caudal, ahorros, término a su vez derivado de *pecus*: ganado rebaño. El diccionario *Heritage* señala así al raíz de la expresión: *Latin peculiari, to embezzle, de peculium*, “riqueza en ganado”, propiedad privada. Dos términos genéricos distinguen conductas formalmente similares a la del peculado. *Embezzlement*: tomar (dinero o propiedad) para uso particular traicionando la confianza depositada en el agente. Y *peculate*; tomar para uso propio en las mismas circunstancias; como también la forma intransitiva: hurtar dinero o bienes confiados al agente.”<sup>12</sup>

Sin embargo, no es muy segura la forma en la que se maneja estas acepciones, así lo destaca en Colombia en una de sus providencias la Corte Suprema, quien dice: “quizás el origen histórico de la infracción y el desprendimiento etimológico del vocablo peculado sea lo que más influye para que se presente como impropio –por lo menos a primera vista- deducirle a un funcionario que usurpa los fondos que hacen parte de los asuntos en que como juez interviene, el cargo de peculado. Porque algunos creen que peculado viene de *pecus* (ganado, hacienda), y que ella significó desde un principio el hurtado de los bienes del Estado, entre los que figuraba en primer término el ganado; otros, que peculado deriva de la voz latina *peculium*, equivalente a caudal; y en fin, hay quienes sostienen que se llamó peculado el delito de malversación de fondos públicos, porque multas que se imponían a los infractores debían consistir en ganados (*pecus*)”<sup>13</sup>.

Como apreciamos es evidente que el origen del peculado, por su antigüedad –desde Roma- ha sido considerado como un tipo penal vinculado al hurto de ganado o caudales, lo cual hacía un tipo penal específico y restringido, sin embargo, actualmente el concepto de peculado a pasado a tener un significación genérica, puesto que el “ilícito no solamente puede ser cometido por funcionario público si no también por cualquier

---

<sup>12</sup> URIEL FRANCO, “El peculado”, editorial Temis, Bogotá Colombia, 1987, Pág. 7 y 8.

<sup>13</sup> Ídem (12).

empleado oficial y por particulares encargados de recaudar, administrar o custodiar bienes”<sup>14</sup>, como ocurre en nuestra legislación<sup>15</sup>, en la que se hizo extensivo indebidamente como lo determinaremos a lo largo de éste trabajo, a particulares y sobre todos lo empleados de la banca privada. Además de extenderlo a particulares, se extendió conforme la doctrina a “los bienes de empresas en que el Estado tenga la mayor parte, de instituciones de utilidad común dedicadas a la educación o a la beneficencia y de juntas de acción comunal o defensa civil. Como se advierte, tampoco es necesario que el delito recaiga sobre bienes estatales porque, dados ciertos supuestos, puede tratarse incluso de bienes de particulares”<sup>16</sup>; y así que en nuestro país, sobre todo al dinero de la banca privada por ciertos supuestos que lo analizaremos en su momento se lo considera en forma indebida como público y como consecuencia de ello se lo asimila al peculado.

Esta acepción genérica que actualmente se la considera al tipo penal materia de nuestro análisis, creemos que no es la correcta, acudiremos a la visión actual en la doctrina jurídica, para ver que consideran ellos y entrar en una análisis más detenido, así tenemos:

Cabanellas dice: “peculado es la sustracción, apropiación o aplicación indebida de los fondos públicos, por aquel o a quien esta confiada su custodia o administración”<sup>17</sup>.

“Sebastián Soler, señala que el peculado constituye fundamentalmente en su abuso de la función pública, con la cual además de haberse lesionado los intereses del fisco, se lesionan las de la administración en sentido amplio.

---

<sup>14</sup> Ídem (12).

<sup>15</sup> Código Penal Art. 257.- (...) Están comprendidos en esta disposición los servidores que manejen fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o **de los bancos estatales y privados**. Igualmente están comprendidos los servidores de la Contraloría General y de la Superintendencia de Bancos que hubieren intervenido en fiscalizaciones, auditorías o exámenes especiales anteriores, siempre que los informes emitidos implicaren complicidad o encubrimiento en el delito que se pesquisa. También están comprendidos en las disposiciones de este artículo **los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del sistema financiero nacional privado, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades**, que hubiesen contribuido al cometimiento de estos ilícitos.

<sup>16</sup> Ídem (12)

<sup>17</sup> CABANELLAS Guillermo, “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”, Edt. Heliasta, Tomo VI, República Argentina, 20ª Edición, Pág.172.

Luis Carlos Pérez dice “es la incorrecta aplicación de las cosas o efectos confiados a una persona con el encargo de darles un fin convenido previamente, pero para que la infracción adquiriera su auténtica naturaleza es necesario que las cosas o caudales sean públicos y que la persona deba responder porque se le han entregado específicamente para que directa o indirectamente los intervenga”<sup>18</sup>.

Para Muñoz Conde, señala “el carácter de sujeto de este delito no lo da sólo el hecho de ser autoridad o funcionario público, sino la relación de estas personas con el objeto materia del delito: los caudales o efectos públicos. Por caudal o efecto se entiende cualquier objeto o cosa mueble, dinero, efectos negociables, etc., que tengan un valor económico apreciable. El carácter público se determina por la pertenencia de los bienes a la Administración pública, pudiendo decirse que tal pertenencia comienza desde el momento en que existe un derecho expectante de la Administración a la entrega de los caudales, aunque no haya ingresado formalmente en las arcas de la entidad”<sup>19</sup>. En incluso éste autor Muñoz Conde<sup>20</sup> nos plantea la problemática de aquellos bienes que no son públicos, pero que están bajo la custodia o cuidado de la Administración, aspecto que lo analizaremos en éste trabajo.

Para Francisco José Ferrería, “la responsabilidad del servidor público abarca las tres ramas de lo reprochable: el penal, el político y el disciplinario”<sup>21</sup>; criterio con el que compartimos además “de dos modos se reprocha y sanciona el abuso de poder: como hechos que constituyen una violación de derecho tutelados por la ley penal, comoquiera que son constitutivos de desorden o desarmonía socio-jurídica, en cuyo caso recibirán la denominación de *abusos de autoridad específicos*, como los llama Carrara; o también

---

<sup>18</sup> Ídem (10)

<sup>19</sup> MUÑOZ Conde, Francisco, “Derecho Penal”, Parte Especial, Edit. Tirant lo Blanch, Decima tercera Edición, Valencia 2001, Pág. 967.

<sup>20</sup> Ídem, (19). Los intereses que devenguen esos caudales (ingresados, por ejemplo, en un cuenta bancaria) también tiene el carácter de públicos. En el caso de bienes privados manejados provisionalmente por la Administración (por je. Giro postal) la apropiación por parte del funcionario constituirá estafa o apropiación indebida, pero no malversación. Basta tan sólo con la precepción por parte del funcionario de los caudales destinados a la Administración para que estos adquieran ya la categoría de públicos.

<sup>21</sup> FERREIRA D. José Francisco, Derecho Penal Especial, Tomo II, Edit. Temis, Bogotá Colombia, 2006, Pág. 293 – 295.

como hechos que sin alcanzar el grado de desorden social o jurídico, ni destruir o amenazar derecho tutelados, sí logran un desorden funcional, o sea, una mala o indisciplinada prestación de la función encomendada al empleado público, Carrara los llamó *abusos de autoridad genéricos*. Estos son básicos para integrar los estatutos disciplinarios. Los abusos de poder específicos figuran en el Código Penal y forman parte de la estructura típica de los hechos punibles, unas veces como un elemento más en la estructura de un delito denominado específicamente por la ley penal, y se conocen como *abusos de autoridad nominados*. En otras ocasiones el abuso de poder no integra la estructura de otro delito, sino que aparece solo, como hecho autónomo y lesivo de derechos tutelados. Es cuando tipifica él solo en una norma especial, que se llamará *abuso de autoridad* y se conocen como *abusos de autoridad innominados*<sup>22</sup>. Los que nos interesan en este estudio son los abusos de autoridad nominados, como el peculado que “se comete no solo por un empleado oficial sino que además es indispensable que los bienes de que se apropia el agente sean de aquellos cuya custodia se haya confiado por razón de sus funciones. En otras palabras, no es suficiente la calidad de oficial en el agente y en los bienes, sino que es indispensable la relación funcional entre aquel y estos, que supera simple nexo material para ubicarse en la órbita de lo que doctrinalmente se ha dado en llamar disponibilidad<sup>23</sup>; es decir, es importante que “el funcionario o funcionarios públicos tengan la disponibilidad material o jurídica o la posesión de la misma, en sentido jurídico penal<sup>24</sup>; por ello, “si el bien está naturalmente adscrito a la función de otro, el empleado que se lo apropia o usa o deteriora, comete hurto o daño en cosa ajena, más no pecula<sup>25</sup>. Además, es necesario resaltar que “el abuso de poder es un elemento que invariablemente acompaña a la acción peculadora, puesto que se trata de un delito propio del funcionario, cuya naturaleza tal no puede entenderse sino mediante el abuso de poder<sup>26</sup>. Por ello, el encontrar acción peculadora en personas que no son funcionarios públicos, no es correcto, ello me motivo esta investigación, pues, nuestra ley penal<sup>27</sup> establece como sujetos del peculado a los funcionarios de la banca privada. “Hemos buscado

---

<sup>22</sup> Ídem (21).

<sup>23</sup> Ídem (21).

<sup>24</sup> Ídem (21).

<sup>25</sup> Ídem (21).

<sup>26</sup> Ídem (21).

<sup>27</sup> Ídem (11)

afanosamente la explicación de ese poder público en el empleado particular de una empresa de economía mixta, porque es de la esencia del delito de peculado que quien se apropie o use mal los caudales que administra, ostente al hacerlo *el poder estatal* para su administración y *abuse este poder*. Si la ley *finge* la denominación de *peculado* para él, también es fingido que su *poder público*, como administrador de cuotas de interés social del Estado, nace del contrato social mismo. Definitivamente, es una mala figura típica, aun aceptando su buen propósito<sup>28</sup>”.

Como apreciamos, no es fácil el conceptualizar el peculado en la actualidad, pues, para algunos tratadistas como Jorge Luis Villalda, “la mayor reprochabilidad de esta conducta radica en que representa una verdadera *traición a la confianza pública*, depositada en el funcionario teniendo disponibilidad solos *objetos del delito* (concepto que reconocemos deriva de la concepción de derecho cesáreo romano), se aprovecha de ésta para sustraerlos para sí o para un tercero.

Es una grave infidelidad a los deberes a su cargo, por el cual la administración pública, le confió el manejo de su patrimonio, violando la función que desempeña con el consiguiente desprestigio que le irroga a ella misma. Por ello junto con Carrara, Carmignani, Soler y Cuello Calón, creemos que este delito ofrece un superior interés jurídico – político que atañe a la función pública misma, aunque se materialice a través de una sustracción o en un resultado patrimonial disvalioso determinado<sup>29</sup>. Siguiendo esta concepción doctrinaria, Donna concluye en cuanto al peculado, que “el bien jurídico en este delito lo constituye el eficaz desarrollo de la administración, pero referida concretamente al cuidado de los fondos públicos que surgen en razón de los deberes especiales que le incumben al funcionario. Así que se acierta cuando se sostiene que “la malversación tiene como objeto de tutela el patrimonio público como sustrato esencia de los servicios públicos y la potencialidad de la administración para cumplir los fines que le son propios depende en gran medida del mantenimiento del sustrato patrimonial que se le atribuye, primando, desde un concepto dinámico, la idoneidad del dicho sustrato patrimonial para llevar a cabo las finalidades que le son propias. Por eso

---

<sup>28</sup> Ídem (21).

<sup>29</sup> VILLALDA Jorge Luis, Delitos contra la Administración Pública, edit. Advocatus, Córdoba Argentina, Pág. 332 y 333, 2005.

“no es un delito patrimonial en primer término, aunque su efecto sea de carácter patrimonial, pues el patrimonio está en consideración de la función administrativa y tampoco es un delito socioeconómico, pues no se considera el funcionamiento socioeconómico del sistema”<sup>30</sup>.

Como apreciamos en la actualidad, el concepto de peculado, no es una concepción fácil, no se encuentra acabado. Si a ello sumamos que la Malversación es el genero y el peculado es una parte de ese todo y en nuestro país se lo confunden, se *“mezcla malversación simple y peculado. De allí que la pena común sea tan elevada en cuanto privación de libertad y la inhabilitación a perpetuidad. Llama la atención que al igual que España, especifique largamente la gama de sujetos que pueden cometer el delito. Esto suele ser contraproducente”*<sup>31</sup>. Como vemos en vez de mejorar, destruimos lo que se debe entender por peculado, pues le asimilamos a la parte con el todo, e incluso caemos en el error de enumerar en forma larga e indebida a los sujetos activos del delito, lo cual, dio como resultado que se le incorpore dentro del delito de peculado a los empelados bancarios.

Con esta visión rápida del concepto de peculado, creemos que hemos dejado planteado lo que debe entenderse el mismo, dejaremos por el momento, pues, entraremos al análisis de los otros elementos que conforman el tipo e influyen en el mismo, para volver en la conclusiones de este trabajo ya con todos los elementos, y tratar de esbozar lo que debemos entender por peculado.

### **3.- UBICACIÓN DEL PECULADO ENTRE LOS DELITOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.-**

Comenzaremos con la expresión dada por los tratadistas nacionales y extranjeros, entre ellos, la de “Soler cuando dice que el Código Penal no utiliza la expresión administración pública “en el sentido técnico corriente propio del derecho administrativo, sino con mucha mayor amplitud”, haciendo reserva de que el llamado

---

<sup>30</sup> DONA Edgardo Alberto, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III, Editores Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, Argentina, 2022, Pág. 259.

<sup>31</sup> Ídem (29) Pág. 329.

sentido teórico técnico no es el legal<sup>32</sup>; es claro que el concepto de administración pública en área penal es mucho más amplio que dentro de campo administrativo, dejando sentado que éste concepto abarcará otras funciones de estado.

Nuestra legislación conceptualiza a la administración pública en el art. 227 de nuestra Constitución<sup>33</sup>; así como en el art. 101 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva<sup>34</sup>, de manera simple y restringida, pues le limita incluso a una de las funciones que es la ejecutiva, dejando de lado, desde el punto de vista del derecho administrativo la función legislativa y jurisdiccional; sin embargo el Código Penal, para el peculado abarca las otras instituciones, es decir, en nuestra legislación se refleja lo que dicen los tratadistas de que el concepto de administración publica es mucho mas amplio que el concepto administrativo, pues el art. 257 del Código Penal<sup>35</sup>; claramente habla de entidades del sector público, concepto mucho más amplio que el de administración pública; así el sector público se lo conceptúa en el art. 225 de nuestra Constitución<sup>36</sup>, en donde podemos ver a simple vista, la amplitud del concepto sector público con respecto al de Administración pública, y por ende la

---

<sup>32</sup>Ídem, (12), Pág. 3.

<sup>33</sup> **Constitución.- Art. 227.-** La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.

<sup>34</sup> **Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva Art. 101.- Principios generales.-** (Sustituido por el Art. 1 del D.E. 3389, R.O. 733, 27-XII-2002).-

1. La Administración Pública Central sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de legalidad, eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la ley y al derecho.

Igualmente, deberá respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima.

2. La Administración Pública Central, en sus relaciones, se rige por el principio de cooperación y colaboración; y, en su actuación por los criterios de eficiencia y servicio a los administrados.

3. Bajo la dirección de la Presidencia de la República, las entidades y órganos que integran la Administración Pública Central ejercen la función administrativa para alcanzar los objetivos que establecen la Constitución, las leyes y el resto del ordenamiento jurídico.

4. En sus relaciones con los administrados, la Administración Pública Central actúa de conformidad con los principios de transparencia y de participación.

<sup>35</sup> Ídem (11).

<sup>36</sup> **Constitución.- Art. 225.-** El sector público comprende:

1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.

2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.

3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.

4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.

diferencia entre estos dos conceptos. Compartimos lo señalado por el maestro Ernesto Albán Gómez, de que “no hay mayores dificultades en establecer el evidente carácter público de la mayoría de las instituciones enunciadas; pero podría haberlas cuando se trata de entidades creadas por leyes u ordenanzas para asumir actividades económicas o para la prestación de servicios públicos. Inclusive varias de tales entidades adoptaron en su momento forma societarias propias del sector privado. A nuestro modo de ver los casos de duda tendrán que resolverse de acuerdo con la normativa constitucional (art. 225 referido), que es absolutamente termina en la calificación”<sup>37</sup>.

Sumando a todo lo expuesto hasta aquí, aquello que Bartolome Fiorini expresa “de que los delitos que el Código agrupa (delitos contra la administración pública) atenta fundamentalmente contra los intereses del Estado, en cuanto a la normalidad, probidad, prestigio, incolumidad y decoro de la administración pública”; sin embargo, “los delitos no afectan necesariamente el deber de la probidad del empleado o su lealtad con el Estado. De hecho, pueden constituir atentado contra la normalidad del funcionamiento administrativo, aun cuando a ello se limite el perjuicio y sin que por tal motivo dejen de ser actos delictuosos, con todas las características formales y materiales necesaria para su perfeccionamiento”<sup>38</sup>. Incluso no solamente se protege la administración pública, sino que se hace extensivo en materia de peculado como lo ha realizado Colombia y nuestro país, a actividades de particulares, en algunos casos, y bienes privados en otros; como es el caso de haber hecho extensivo el peculado a los bancos privados, que es motivo del presente trabajo y lo analizaremos más adelante.

De lo anotado vemos que no es simple ubicar el peculado entre los delitos de la administración pública, por lo señalado de que el concepto de administración pública es más amplio en materia penal que en derecho administrativo, que nuestra normativa penal, se hace extensivo al sector público; y, por último, que no se trata de proteger solamente la lealtad, la probidad, el prestigio, sino incluso actividades y bienes particulares. Por ello la ubicación no es fácil realizarla si incluso “el título III del libro Segundo, en que se agrupan los delitos contra la administración pública, es uno de los

---

<sup>37</sup>ALBAN Gómez Ernesto, Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Tomo II, Primera Edición, Impresoresmyl, Quito Ecuador, Pág. 121.

<sup>38</sup> Ídem (12).

más extenso del Código, pues comprende trece capítulos, pero además tienen una gran importancia jurídica y social, por la naturaleza de las conductas delictivas tipificadas en este título, que producen indudablemente una gran alarma en la opinión pública”<sup>39</sup>.

Por último, diremos que el peculado es uno de los delitos más graves de la administración pública, tal es así: A) que de los doce capítulos que tiene nuestro Código Penal, de los delitos contra la administración pública, el 50% de capítulos tienen dentro de sus sanciones penas de reclusión<sup>40</sup>, y de este cincuenta por ciento, casi el cuarenta por ciento de los delitos que tienen penas de reclusión, es decir casi la mitad de los delitos sancionados con reclusión tienen que ver con el *capítulo quinto de la violación de los deberes de funcionarios públicos, de la usurpación de atribuciones y de los abusos de autoridad*; vinculados con el peculado. No solamente desde la parte punitiva, es grave, como lo veremos; B) Es un delito que actualmente ha crecido considerablemente en nuestro medio, pues el peculado, en la década de los 80 y 90, se lo veía esporádicamente en los Tribunales y Salas de la Corte de nuestra ciudad y país, actualmente son delitos de un diario cometimiento, por los diversos estamentos de la administración pública; y, C) De igual manera en el sector privado, donde tenemos el peculado por extensión, vemos que el incremento del peculado es amplísima, pues podremos atrevernos a decir, que éste tipo de peculado se está haciendo presente una vez por semana en nuestros juzgados, lo que anteriormente no se le veía, éste incremento, es uno de los motivos que me impulsó a realizar el presente trabajo porque estamos juzgando como lo analizare, a personas por delitos que no son peculado, y que para mi criterio es mal concebido este delito de peculado por extensión.

#### **4.- EL PECULADO Y SUS VARIANTES.-**

Dentro de Peculado tenemos algunas variantes que los doctrinarios lo han expuesto, como son: A) Peculado por Apropiación, dentro de éste está el peculado de bienes; B) Peculado de Uso; C) Peculado por Error Ajeno; D) Peculado por Aplicación Oficial

---

<sup>39</sup> Ídem (37), Pág. 119.

<sup>40</sup> Los delitos de reclusión en nuestro país, tienen una pena de 3 años en adelante y no permite que el imputado se sujete a fianza, en tanto los delitos de prisión, son para infracciones que tienen una pena de menos de cinco años y permite fianza.

Diferente; E) Peculado Culposo; F) Peculado por Extensión; y, G) Peculado de Servicios. Sin embargo, estos diversos peculados, tiene una serie de complejidades, que ameritarían realizar una análisis particular de los mismo, de nuestra parte dejaré simplemente mencionados su particularidades.

El *peculado por apropiación*, es en el que el “autor traiciona la confianza pública depositada en él al adquirir la investidura de empleado oficial y la conferírsele la administración o custodia de bienes, privados u oficiales, sujetos al poder del Estado. Falta, pues, en éste caso específico, al deber de probidad que le corresponde primariamente en el ejercicio de la función pública, cuyo normal desarrollo sufre grave lesión con el acto ilícito. Es posible discernir la materialización de un doble agravio: 1) el genérico contra la administración pública, y 2) el que afecta a la persona o entidad propietaria del bien”<sup>41</sup>.

Dentro de éste tipo de peculado se habla según “Carrara siguiendo los pasos del maestro anterior, Carmignani, construyó su doctrina distinguiendo: “a) *Peculado propio*, que lo enuncia como “la apropiación de cosa pública cometida por una persona investida de un oficio público, a la cual precisamente en razón de él le ha sido entregada la cosa apropiada con la obligación de conservarla y restituirla”; b) *Peculado impropio*, consiste en el hurto de objeto o dinero públicos o de la administración pública, cometida por persona que no lo tenía en consignación, pero que conocía de su cualidad o pertenencia; c) *Residuos*, de acuerdo con la definición de peculado de Carrara, sólo el funcionario deudor de especie (cosas), y no el deudor de cantidad (sumas de dinero), puede cometer peculado. Para el deudor de cantidad (sumas de dinero), puede caber si la responsabilidad por “residuos”; d) *Quebranto de caja*, señala Carrara que la doctrina moderna ha creado un título delictivo distinto para el funcionario público deudor de cantidad (sumas de dinero). El llamado quebranto de caja o vaciado de caja, en el que se sanciona al oficial público o a su sustituto o ayudante aprobado, deudor de cantidad (sumas de dinero), “cuando no rindiere cuenta exacta de los valores que se le entregaron”<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Ídem (12), Pág. 21-22.

<sup>42</sup> Ídem (6), Pág. 55-56.

Vale destacar que en estos días en nuestro país, hay por parte de la Asamblea Nacional, el análisis de un código orgánico que abarcará todas las normas penales y las vinculadas con este campo. Un primer proyecto se lo proponía por parte del Asambleísta una reforma al delito de peculado y esta contemplado en su art. 245 del Proyecto de Código Orgánico Integral Penal<sup>43</sup>, el mismo que trae una serie de cambios que nos referiremos más adelante, pero cuanto a lo que analizamos en esta parte, se cambie el verbo del peculado actual (abusar) por el de apropiarse o disponer, creemos que en vez de mejorar en la redacción de una normativa adecuada retrocedemos, como lo analizaremos cuando los veamos en el siguiente capítulo. Un segundo proyecto y que se encuentra en estos días en discusión en la Asamblea, es el presentado por nuestro Presidente, y que se

---

<sup>43</sup>**PROYECTO DE CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.- Art. 245.- Peculado.-** Quien en su calidad de servidora o servidor público y en razón de su cargo, **se apropie, disponga** o consintiere que otro se apropie o disponga de dineros, bienes o efectos jurídicos del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o de bienes particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado en razón de su cargo o funciones, siempre y cuando el perjuicio reportado sea igual o superior a ochocientas remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado en general, será sancionada con pena privativa de libertad de diecinueve a veinticinco años.

Están comprendidos en esta disposición las servidoras o servidores públicos que manejen fondos del Estado, de sus instituciones autónomas, de bancos estatales. También están comprendidas las personas que abusando de sus calidades obtuvieren o concedieren ilegalmente créditos vinculados. Igualmente están comprendidos las servidoras o servidores de la Contraloría General del Estado y de la Superintendencia de Bancos y Seguros que hubieren intervenido en fiscalizaciones, auditorias o exámenes especiales anteriores, siempre que los informes emitidos implicaren complicidad o encubrimiento en la infracción que se investiga.

También están comprendidos las o los servidores, funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del sistema financiero nacional privado, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades, que hubiesen contribuido a la comisión de esta infracción.

Con la misma pena serán sancionados las servidoras o servidores del Servicio de Rentas Internas y las servidoras o servidores de aduanas que hubieren intervenido en actos de determinación.

La pena privativa de libertad será de quince a diecinueve años siempre y cuando el perjuicio reportado sea igual o superior a cuatrocientas remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado en general.

La pena privativa de libertad será de once a quince años siempre y cuando el perjuicio reportado sea igual o superior a doscientas remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado en general.

Será sancionado con pena privativa de libertad de siete a once años siempre y cuando el perjuicio reportado sea inferior a doscientas remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado en general.

Cuando el perjuicio reportado sea menor a cien remuneraciones básicas unificadas del trabajador privado en general, la pena privativa de libertad será de cinco a siete años.

Las personas elegidas por votación popular, los representantes o delegados del Presidente de la República y de otros funcionarios fiscales o municipales en organismos del Estado, autónomos o semiautónomos; los funcionarios, empleados o servidores públicos que de cualquier forma utilicen en beneficio propio o de terceras personas cuando éste signifique lucro o incremento patrimonial, trabajadores remunerados por el Estado o por las entidades del sector público o bienes del sector público, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

refiere al art. 267 del Proyecto del Código Orgánico Integral Penal<sup>44</sup>; el mismo que vemos ya no se refiere a la sujetos pasivos en forma indiscriminada y sin razón, pues los ha ubicado en un tipo penal especial; además se mantiene el verbo abusar, haremos un análisis más detenido más adelante.

El *peculado de uso*, las conductas de los individuos van cambiando, y obviamente la administración pública debe protegerse de esos cambios de conducta, que incluso en la actualidad han adquirido un mayor auge, ya no solamente con el clásico uso de vehículos u otros bienes de la administración pública; sino con los nuevos bienes dados por el avance tecnológico como son el uso de equipos computadoras, copiadoras, escáner, internet, teléfonos celulares, licencias de propiedad intelectual y otros; en donde ya no hay la apropiación sino que se limitan al uso de dichos bienes. Algunos autores considerando que el uso debe ser sancionado únicamente en forma administrativa, y es así, como “Maggiore llegó a decir que no cometía peculado el funcionario cuando disponía, en provecho propio o ajeno, del caballo o del automóvil de la administración pública, de la maquina de escribir o de una suma de dinero de la administración pública, si se trataba de un uso precario, que excluye el ánimo de apropiación. Este hecho, sin importancia para el derecho penal, podía constituir un ilícito civil y, eventualmente, una infracción disciplinaria”<sup>45</sup>. Criterio con el que no

---

<sup>44</sup>**Código Orgánico Integral Penal.- Art. 267.- Peculado.-** Las servidoras y los servidores públicos, y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, de las enumeradas en el artículo 225 de la Constitución, que de manera **abusiva** y en beneficio propio o de terceros, 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 ocho a doce años.

Si el delito descrita se refiere a fondos destinados a la defensa nacional la pena privativa de libertad será de once a catorce años.

Si los sujetos descritos en el primer inciso utilizaren en beneficio propio o de terceras personas cuando éste signifique lucro o incremento patrimonial, trabajadores remunerados por el Estado o por las Entidades del sector público o bienes del sector público, serán sancionados con pena privativa de libertad de uno a cinco 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 hubiesen estado en su conocimiento o bajo su dependencia en razón o con ocasión del cargo que ejercen o hubiesen ejercido.

Los condenados por la conducta prevista en este artículo quedarán, además, incapacitados para el desempeño de todo cargo público por un tiempo igual al de la pena.

Serán comisados los instrumentos, productos o réditos utilizados u obtenidos del cometimiento del delito.

<sup>45</sup> Ídem (12), Pág. 121-122.

compartimos, como tampoco con el aquel de asimilar el uso de bienes a un hurto, pues, es tan o peor que el anterior, ya que como sabemos en el hurto hay el apoderamiento, es decir, la apropiación el quitar de la esfera de dominio el bien, que en el uso de bienes, no se da.

“En cuanto al vocablo “uso”, la definición académica señala que significa hacer servir una cosa o disfrutarla por quien es o no dueño. Cuando se produce apropiación, el legítimo dueño sufre despojo absoluto porque el bien deja de integrar su patrimonio, así sea fugazmente. En cambio, el mero uso conserva intacto el derecho de dominio considerado en sí mismo, aun cuando puede producir perturbaciones en su ejercicio”<sup>46</sup>, criterio con el que compartimos. Sin embargo para tratadistas como “Rendón no es otra cosa que la apropiación, sustracción o uso fraudulento de los caudales u objetos con ánimo de aprovechamiento, bien sea para el agente o para un tercero, en tanto que para Pérez afirma así mismo que el uso indebido es el uso privado, no autorizado por ley ni el reglamento, no oficial, y representa de la manera más amplia la apropiación en provecho del empleado o un tercero. La Corte Colombiana sostiene que el uso indebido no es otra cosa que apropiación o destinación fraudulenta de los bienes puestos bajo la guarda de un funcionario público”<sup>47</sup>; como vemos los doctrinarios y la Corte Colombiana incorporan dentro del uso la apropiación, criterio que como hemos expresado no consideramos adecuado, porque en el uso, el dominio lo sigue conservando su titular, aunque pudiera estar perturbado por el uso ilegítimo.

Por último se tiene que se aumentado dos artículos citados después del artículo 257 del Código Penal, y que están innumerados, el primero de ellos es lo que en la doctrina se lo ubica como peculado de uso, que por lo expuesto no es correcto; y, el segundo es supuestamente una variante de peculado; ambas normas no se tratan de peculado o una variante, sino de tipos penales diferentes en los delitos contra la administración pública, el primero de ellos el peculado de uso, debería ser abarcado por el peculado, como lo justificaremos en el siguiente capítulo; y, el segundo es un tipo penal diferente, pero de aquellos que son parte de los delitos contra la administración.

---

<sup>46</sup> Ídem (12), Pág. 122.

<sup>47</sup> Ídem (12), Pág. 123-124.

***Peculado por Error Ajeno***; en la legislación colombiana se regula este tipo penal, en donde el funcionario que recibe bienes por error ajeno, se apropia o retiene. Aquí tenemos una problemática similar entre la apropiación y el uso, “pero no sucede lo mismo en el momento de discernir las diferencias entre la retención y el uso indebido. La primera apreciación, en efecto, suscita la idea de que para consumir el uso es indispensable la previa retención, supuesto que existe ya entrega errónea del tercero. Es decir, entre los dos fenómenos parece darse una situación de precedencia lógica: el uso indebido no puede concebirse sin la retención del objeto. De donde resulta que, como esta última constituye un ilícito más grave, aquel no tendrá nunca operancia práctica, so pena de infringir el principio non bis ídem, si deduce responsabilidad por las dos especies”<sup>48</sup>.

La doctrina colombiana no se explica el porqué de esta separación entre retención y uso, cuando el primero de los mencionados es una etapa previa del segundo, incluso no se justifica porque recibe una mayor sanción. Tampoco vemos una mayor diferenciación, pues, si el funcionario recibe por error ajeno el bien, él puede retenerlo momentáneamente, es decir, estarían usando, pero si se decide hacerse del él se está apropiando, no vemos sentido el separar como lo ha realizado el legislador colombiano.

***Peculado por Aplicación Oficial Diferente***; aquí “el empleado, en este caso, quizás actué con aparente probidad, no afecte el patrimonio del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, pero deliberadamente se aparta de la disciplina administrativa, con lo cual basta para conformar su acción al tipo de peculado regulado”<sup>49</sup>. Así incluso lo concibe Luis Carlos Pérez cuando señala “variar la destinación de los fondos, cuando la ley no ha conferido especiales autorizaciones para hacerlo, implica un serio trastorno por la indebida injerencia del ejecutivo en los planes que se supone elaborados por el Congreso para satisfacer necesidades que el común reclama. El código colombiano no podía omitir la estimación del acto correspondiente como una alteración punible, pues va en perjuicio del normal funcionamiento de cada

---

<sup>48</sup> Ídem (12), Pág. 141.

<sup>49</sup> Ídem (12), Pág. 155.

rama u órgano del poder del Estado”<sup>50</sup>. En nuestro país, no está regulado, de estarlo se incrementaría notablemente, pues, en la administración pública tradicional, se ve funcionarios destinando fondos a actividades diferentes, y en la administración pública nueva, como son las juntas parroquiales rurales, el desconocimiento y la falta de preparación hace que veamos con mucha frecuencia el cambio de destino de los fondos.

Por último, desde el punto de vista teórico pensamos que este tipo penal, lo analizaremos de manera más detenida cuando veamos el tipo penal del peculado.

***Peculado Culposo***; en nuestro país no existe este tipo penal, pues para nosotros es eminentemente doloso. Se considera por el art. 14 del Código penal a la culpa como: “*la infracción es culposa cuando el acontecimiento, pudiendo ser previsto pero no querido por el agente, se verifica por causa de negligencia, imprudencia, impericia, o inobservancia de ley, reglamentos u órdenes*”. Para nuestro legislador, no contempla que en los tipos penales de peculado tenga cabida la culpa, aspecto con el que compartimos.

“No se sanciona la culpa, o, mejor dicho, la acción u omisión en sí misma, sino por lo que producen, conforme al principio de que no hay crimen de culpa sino crímenes culposos.

De este modo, si coinciden conducta negligente o imprudente del empleado y pérdida, extravío o daño del bien, pero sin vínculo que los una, no surge el peculado culposo. La previsibilidad marca el límite de los actos punibles culposos pero no es la culpa.

El individuo no tiene el deber de prever, como no tiene el deber de opinar que lo delictivo es repudiable o antisocial. Muchos actos ejecuta el hombre sin prever los resultados y no por ello penetra en el terreno de los punibles.

---

<sup>50</sup> Ídem (12), Pág. 159.

El fuero interno, inabordable para el derecho, debe permanecer inviolado en el ámbito particular del individuo. Lo demuestra el hecho de que en la ley Colombia se considera sancionable el resultado del comportamiento, tanto si el agente lo previó como si no.

¿Qué le esta prohibido entonces a la persona en nuestro sistema penal? Causar, o al menos dar lugar, con acciones u omisiones voluntarias aun cuando dirigidas a otro fin, ciertos resultados previsibles taxativamente discriminados por la norma legal. Fuera de ellos por más imprudente, negligente o imprevisora que sea su conducta, no alcanza perfiles criminosos”<sup>51</sup>. Consideramos que el peculado es eminentemente doloso.

***Peculado por Extensión;*** Al respecto vale señalara que actualmente en nuestro Código Penal<sup>52</sup>, se ha establecido cuatro artículos, después del artículo 257 (que trata en forma expresa el peculado) que regulan conductas que la Jurisprudencia le asimilado como

---

<sup>51</sup> Ídem (12), Pág. 182.

<sup>52</sup> **Art. 257 A.- (Agregado por el Art. 20 de la Ley 99-26, R.O. 190, 13-V-1999).**- Serán reprimidos con reclusión de cuatro a ocho años las personas descritas en el artículo anterior que, abusando de sus calidades, hubieren actuado dolosamente para obtener o conceder créditos vinculados, relacionados o intercompañías, violando expresas disposiciones legales respecto de esta clase de operaciones. La misma pena se aplicará a los beneficiarios que dolosamente hayan intervenido para el cometimiento de este ilícito y a quienes hayan prestado su nombre para beneficio propio o de un tercero.

**Art. ... (1).- (Agregado por la Ley 6, R.O. 260-S, 29-VIII-1985; y, reformado por el Art. 61 de la Ley 2002-75, R.O. 635, 7-VIII-2002).**- Las personas elegidas por votación popular, los representantes o delegados del Presidente de la República y de otros funcionarios fiscales o municipales en organismos del Estado, autónomos o semiautónomos; los funcionarios, empleados o servidores públicos que de cualquier forma utilizaren en beneficio propio o de terceras personas cuando éste signifique lucro o incremento patrimonial, trabajadores remunerados por el Estado o por las entidades del Sector Público o bienes del Sector Público, serán reprimidos con la pena de uno a cinco años de prisión y multa de ciento noventa a novecientos cincuenta y dos dólares de los Estados Unidos de Norte América.

**Art. ... (2).- (Agregado por la Ley 6, R.O. 260-S, 29-VIII-1985).**- Con la misma pena serán sancionadas las personas señaladas en el artículo anterior, que se hubieren aprovechado 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 hubiesen estado en su conocimiento o bajo su dependencia en razón o con ocasión del cargo que ejercen o hubiesen ejercido.

**Art. ... (3).- (Agregado por la Ley 6, R.O. 260-S, 29-VIII-1985).**- La misma pena señalada en los artículos anteriores se impondrá a las personas elegidas por votación popular, a los representantes o delegados y a los funcionarios, empleados o servidores públicos que aprovechándose de la representación popular o del cargo que ejercen se favorezcan o hayan favorecido a personas naturales o jurídicas para que, en contra de expresas disposiciones legales o reglamentarias, les hubiesen concedido contratos o permitido la realización de negocios con el Estado o con cualquier otro organismo del sector público. Quedan comprendidos en la misma disposición anterior y sujetos a igual pena los directores, vocales o miembros de los organismos administradores del Estado o del Sector Público en general, que, con su voto, hubiesen cooperado a la comisión del delito al que se refiere el inciso precedente.

peculado por extensión, aunque nosotros no creemos que sea así, como mas adelante se los justificará; y, lo que es más el proyecto de la Asamblea de un nuevo código orgánico penal integral<sup>53</sup>, en su art. 243, en varios párrafos sobre todo al final, se les incorpora los artículos que actualmente se encuentran añadidos después del art. 257 del Código Penal, e incluso aparece nuevos sujetos de la infracción a los que se le hace extensivo y que son los funcionarios del Servicios de Rentas Internas (SRI), con una redacción muy pobre y que lo analizaremos más adelante. “No es bueno que el tratamiento punitivo reservado a los empleados oficiales, quienes se hallan naturalmente sujetos a mayores responsabilidades por su investidura y representación, se extienda a los ciudadanos comunes. Cuando así ocurre, la ley puede perder efectividad y poder disuasorio, a tiempo que se convierte en muy probable causa de resoluciones inequitativas. A todo lo cual se añade el hecho de que ninguno de los comportamientos afecta directa o indirectamente a la administración ni desde el punto de vista funcional, ni desde el económico. Si se trataba de acentuar el rigor de las penas, hubiera bastado con crear formas delictivas independientes o establecer modalidades agravadas de algunos ilícitos contra el patrimonio”<sup>54</sup>. Y es así como vemos en el Proyecto del Código Orgánico Integral Penal, del Presidente de la República, que se esta discutiendo, en que se elimina a todos esos sujetos pasivos, sin embargo, tampoco tiene un buena redacción como lo dejaremos determinado.

***Peculado de Servicios***, dentro de la doctrina también se habla de trabajos o servicios, considerando al trabajo “aquellas labores que el hombre desarrolla cumpliendo una actividad corporal, no intelectual o científica o técnica, encaminada a la consecuencia de una obra (Construcciones de casas, cercas, muelles, caminos). Esta actividad comprende también la especializada (carpinteros, tapiceros, electricistas), en cuanto ella no importe asesoramiento técnico. Los Servicios no tienen el sentido de los trabajos, referido a la consecución de una obra. Él se independiza de ese hacer determinado y se relaciona con un estado o situación que el desarrollo de una actividad crea para quien la ejerce. Es decir, el concepto legal de “servicios”, dentro de esta figura, comprende aquellos

---

<sup>53</sup> Ídem (43).

<sup>54</sup> Ídem (12), Pág. 199-200.

denominados profesionales, como asimismo los que se presten con un permanencia exigida por la naturaleza de la tarea”<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> Ídem (6), Pág. 223

## CAPITULO II

### TIPO PENAL DEL PECULADO

#### 1.- ELEMENTOS DEL TIPO

Como sabemos los elementos del tipo son: El verbo, el bien jurídico protegido, los sujetos activo y pasivo; y, el objeto, del delito; y que los analizaremos en éste capítulo, los dos primeros dentro de éste numeral y los siguientes elementos en los otros numerales.

#### 1.A El abuso como verbo del delito de peculado.

“Nuestra Corte Suprema de Justicia, antes, actualmente Corte Nacional conforme nuestra nueva Constitución, en los diversos pronunciamientos sobre el delito de peculado, solamente expresa que ABUSAR, es el “verbo rector”; pero no realiza el análisis de este verbo rector con sus diversas connotaciones, ni las compara con los hechos que ocurren en cada caso que juzga. Por lo tanto, sus sentencia carecen de un análisis técnico y sistemático y se limita a presentar una opinión aislada, parcial metafísica de éste tipo penal, esto se debe a que sus magistrados no lo han desarrollado”<sup>56</sup>. Y es así como para la jurisprudencia es igual abusar que disponer arbitrariamente<sup>57</sup>, pues no hay un análisis correcto del verbo. De igual manera, nuestra

---

<sup>56</sup> CUEVA Carrión, Luis; “Peculado”, Tomo I, Ediciones Cueva Carrión, Pág. 180, Quito, 2006.

<sup>57</sup> **Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia:- 22-V-98, (Expediente No. 191-98, Segunda Sala):** "...el encausado obró de manera dolosa o ilegal al hacerse pagar por trabajos públicos no realizados, de tal manera que entre los Ingenieros M.Z. y Z.G., el uno como fiscalizador de la obra y el otro como contratista, incumplieron las obligaciones que legal y moralmente tenían en sus respectivas calidades. La conducta del Ing. M.Z. permitió que Z.G. cobre por trabajos no realizados en perjuicio de la Junta de Recursos Hidráulicos de Manabí, por lo que son coautores del delito de peculado y el Tribunal aplicó indebidamente la Ley al haber considerado el ilícito de Z.G. como estafa y no como peculado, lo cual de hecho lo favorecía; al haber formulado tal consideración del tipo delictivo, no existe la coherencia entre la parte motiva y la resolutoria de la sentencia, pues en ella se dan todos los elementos constitutivos del delito de peculado, apropiación indebida de fondos públicos y si bien es verdad Z.G. no ostentaba la calidad de funcionario ni empleado público, el haber suscrito un contrato con entidad pública para ejecutar una obra de servicio público, recibió dineros públicos, estableciéndose un nexo con ellos y convirtiéndose 'persona encargada de un servicio público', y en esa calidad dispuso indebidamente de dichos fondos públicos. La esencia del peculado es disponer arbitrariamente de fondos públicos, lo público son los bienes, el dinero, no las personas, por lo tanto cometen peculado empleados públicos y particulares."

doctrina no ha desarrollado un mayor análisis a este verbo rector, se ha limitado a breves referencias puntuales, es decir, no hay una verdadera demarcación de lo que implica abusar dentro del tipo penal de peculado. Y si a esto, le sumamos lo extenso de la norma del peculado, se puede ver que éste verbo rector no nos queda claramente establecido, por ello mi interés, y a lo largo de éste trabajo trataré de establecer los elementos que la conforman y le influyen, para con ello determinar en forma clara su trascendencia e importancia.

Para su estudio partiremos diciendo que en nuestro Código Penal, en su art. 257<sup>58</sup>, establece el **abuso** dentro del tipo penal de peculado, el cual tiene una trascendencia e importancia que la veremos a lo largo de éste trabajo. Veamos su acepción, “ABUSAR es un verbo intransitivo que deriva del término abuso, este deriva del latín “abusus-us”; de “ab” que significa contra y “usus” uso. Etimológicamente significa mal uso de una cosa o usuaria contra la forma que normalmente se acostumbra, contra su destino natural.

Según el Diccionario de la Lengua Española, abusar significa “usar mal, excesiva, injusta impropia o indebidamente de alguna cosa”. “Usar con exceso una cosa (...) Usar de la fuerza o del poder para perjudicar o aprovecharse de otras personas: abusar del débil”<sup>59</sup>; es decir nos plantea el abuso de las cosas y de las personas. Esto trasciende y se hace visible incluso “en el lenguaje jurídico, pues, existe el adagio anónimo que sintetiza esta situación “*Abusus non est usus, sed, corruptela*”<sup>60</sup> (El abuso no es uso, es corrupción). Y “jurídicamente se comprende por abuso, el hecho de usar un poder, una facultad, de un derecho o de una situación especial, como así mismo de una cosa u objeto, más allá de lo que resulta lícito, por la naturaleza o por la costumbre y, también, con fines distintos de los autorizados por el ordenamiento legal, es decir, se actúa aparentemente dentro de la esfera lícita o ética, pero, en realidad se sale de los límites

---

<sup>58</sup> “Art. 257.- (...) los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público, que, en beneficio propio o de terceros, **hubiere abusado** de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo, ya consista el abuso en desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante (...)”.

<sup>59</sup> Ídem, (56) Pág. 175.

<sup>60</sup> ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Tomo I, Edit. Driskill S.A., Pág. 113, Argentina 1979.

impuestos por la justicia, la equidad, la ley y la razón”<sup>61</sup>. Como vamos viendo desde el punto vista jurídico el *abusar*, es el usar, dentro de las atribuciones conferidas por la ley, sin embargo, ese uso no es tal, sino por el contrario, es un uso fuera de lo permitido por la norma, en consecuencia quien hace ese actuar indebido cae en abuso.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, Francisco Pérez Borja, refiriéndose a la expresión “*hubiere abusado*”, dice: “El abuso en general es el uso indebido de una cosa; y en el caso del artículo 225 (257 de nuestro actual Código Penal), es el uso, de parte del empleado público o de una persona encargada de un servicio público, de documentos, dinero, etc., como su tenedor o que estaba en su poder, según lo expresa el texto del artículo”<sup>62</sup>; como se aprecia se hace evidente, que el abuso, es uso indebido, por parte del sujeto activo de éste delito especial sobre bienes determinados por el legislador.

## 1.2 Abuso - Poder

“Para Ramírez Gronda el abuso consiste en “Hacer mal uso de algo, esto es, un uso distinto al que le corresponde”. “El abuso es el uso excesivo o indebido de una cosa. Es el “exceso o demasía indebido en realización de un acto””<sup>63</sup>. Vale señalar que se considera como sinónimos de abusar: excederse, extralimitarse. Además, de éste uso excesivo, indebido, de esta extralimitación, jurídicamente se entiende por abuso el hecho de usar de un poder, de una facultad, de un derecho o de una situación especial, como asimismo de una cosa u objeto, más allá de lo que resulta lícito, por la naturaleza o por la costumbre y, también con fines distintos de los autorizados por el ordenamiento legal”<sup>64</sup>. Con esto podemos decir, abusar no es solamente un uso indebido sino que va ligado a un plus, y que es el poder o facultad. Además, de abusar vamos haber dos acepciones, de las cuales a nosotros nos interesa una, la otra no, como lo podemos desprender de “la etimología nos da el significado ontológico del término abuso, pero también tiene significado jurídico que es el que interesa en el delito de peculado. Carrara, en forma magistral explica, la diferencia entre ambos significados, el primero

---

<sup>61</sup> Ídem (59).

<sup>62</sup> Gaceta Judicial, Serie XV, No. 9, pág. 2.733.

<sup>63</sup> Ídem (56), Pág. 176.

<sup>64</sup> Ídem, (56) Pág. 176.

es muy general y, el segundo, es específico y en relación con el Derecho: “la palabra abuso tiene en sí misma dos significados diversos y sumamente distintos, uno de los cuales puede llamarse sentido ontológico y el otro sentido jurídico. En sentido ontológico se abusa de una cosa siempre que se emplea para un servicio diverso de su destino natural. En sentido jurídico se abusa de una cosa aunque se la emplea según su el segundo sería una mujer como mujer, no abusa de ella en sentido ontológico, sino usa de ella, porque la emplea según su destino natural; pero si abusa de ella en sentido jurídico, cuando se sirve de ella contra su voluntad y por violencia”<sup>65</sup>. De lo hasta aquí expuesto podemos concluir, que no cabe hablar de un tipo penal sub-especial de *peculado de uso*, por cuanto, conforme vemos el verbo de peculado Abusar, refiere a usar en forma ilícita, con fines ilícitos, y no podría haber un tipo penal como el descrito, ya que se llegaría a un absurdo, pues *peculado de uso*, equivaldría a *uso de uso*, algo sin sentido; por ello no creemos que deba hablarse de peculado de uso.

En consecuencia, quien conduce el bien o caudal del Estado a sus fines, trazados, previamente por la ley o la Constitución, no comete abuso y con ello no configura el delito de peculado, sin embargo si le da un destino diferente al tomarlo para sí, para terceros se apropia, y al hacerlo usa mal su poder. Vamos ya con esto obteniendo elementos del abuso, desde nuestra esfera legal, como son: el uso indebido, es decir éste debe ser ilegal (porque puede usarse en la forma natural para la cual fue creado, pero contrariando el derecho); además, debe ir ligado con un poder o facultad.

Por otra parte tenemos, que esta facultad o poder vinculado al abuso, nuestro ordenamiento positivo vigente, “de dos modos los reprocha y sanciona, el abuso de poder: como hechos que constituyen una violación de derechos tutelados por la ley penal; comoquiera que son constitutivos de desorden o desarmonía socio-jurídica, en cuyo caso recibirán la denominación de *abusos de autoridad específicos*, como los llamaba Carrara; o también como hechos sin alcanzar al grado de desorden social o jurídico, ni destruir o amenazar derechos tutelados, sí logran un desorden funcional, o sea, una mala o indisciplinada prestación de la función encomendada al empleo público. Carrara los llamó *Abuso de autoridad genéricos*. Estos son básicos para integrar los estatutos disciplinarios. Los abusos de poder específicos figuran en el Código Penal y

---

<sup>65</sup> Ídem (56), Pág. 175.

forma parte de la estructura de un delito denominado específicamente por la ley penal, y se conoce como *abusos de Autoridad nominados*. En otras ocasiones el abuso de poder no integra la estructura de otro delito, sino que aparece solo, como hecho autónomo y lesivo de derechos tutelados. Es cuando se tipifica él solo en una norma especial, que se llamará abuso de autoridad, y se conocen como abusos de autoridad innominados<sup>66</sup> (El abuso de autoridad asume también la forma de circunstancia agravante de ciertos tipos. Por ejemplo, en los delitos sexuales cometido por funcionarios art. innumerado num. 11, del C.P.).

Tenemos entonces que el Abuso, es el uso indebido (ilegal), ligado a un abuso de autoridad específico (violación de derechos tutelados por la ley penal) y nominado (forma parte de un tipo penal específico). Como vemos cuando hay el ejercicio de la función y se da un abuso de poder funcional (que es un ingrediente), se da como consecuencia un tipo penal, y tenemos al abuso de poder como elemento constitutivo de su tipicidad; en virtud de “que el abuso de poder es un elemento que invariablemente acompaña a la acción peculadora, puesto que se trata de un delito propio del funcionario, cuya naturaleza de tal no puede entenderse sino mediante el abuso de poder<sup>67</sup>”.

### **1.3 El abuso y la Tenencia del objeto del delito**

Al abuso descrito en la primera parte del párrafo anterior, vale aclarar que para realizarlo, no es necesario que él que lo hace tenga en forma material o tangiblemente, el objeto del delito, puesto que la tenencia material del bien del cual se usa ilegalmente es una forma de cometer la infracción, sin embargo, también puede cometerla aunque no tenga la tenencia material si no que da la orden de disposición del bien. “Lo realmente importante es que el funcionario o funcionarios públicos tenga a disponibilidad material o jurídica o la posesión de la misma, en sentido jurídico – penal. Vale decir, es entendida simplemente como la posibilidad de disponer de la cosa por fuera de la esfera de vigilancia de otro<sup>68</sup>”. Igualmente en cuanto al objeto del delito, que

---

<sup>66</sup> Ídem, (21).

<sup>67</sup> Ídem, (21) Pág. 297.

<sup>68</sup> Ídem, (21) Pág. 296.

nos estamos refiriendo, es necesario tener en cuenta, “que nuestro legislador, al emplear la expresión que “(...) hubieren abusado de los dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles (...)” pertenecientes a la administración pública está significando el cambio de función que sufren dichos bienes: antes del delito, tienen la función de servir al bien público, luego de cometer el injusto, son de propiedad privada, sirven a un interés privado y el sujeto se enriquece ilícitamente. Por lo tanto, en el mundo fenoménico se produce un cambio que transforma la realidad: el destino de los bienes fiscales varía esencialmente y esta variación esencial es la que se confiere existencia jurídica al delito de peculado; sin ella, nunca puede existir este injusto penal”<sup>69</sup>.

## **OTRAS VARIANTES**

### **1.4 Gravedad del Abuso**

Por otra parte es indiscutible que “el abuso de los bienes y riquezas del Estado constituye desgraciadamente una forma delictiva muy extendida. El abuso es una especie de delito dentro del género “Delitos contra la economía Nacional”

El abuso es un grave delito, por los siguientes considerandos, a saber:

- a. Porque atenta y perjudica a toda la nación;
- b. Porque implica aprovechamiento del cargo o función confiada precisamente para servir a la nación.
- c. Porque viola la confianza dispensada.
- d. Porque es una infracción contagiosa, sobre todo cuando no se aplica a la Ley penal, o se aplica mal o tardíamente.
- e. Porque constituye un denegación al juramento de cumplir, por parte del funcionario o empleado público la Constitución y la leyes del País.
- f. Porque desconcierta a los ciudadanos en el cumplimiento de su obligación con el Estado, como en tributación, pago de tasas por servicio, etc.”<sup>70</sup>.

---

<sup>69</sup> Ídem (12).

<sup>70</sup> GUZMAN LARA, Dr. Anibal, “Diccionario Explicativo del Derecho Penal”, Tomo I, Editorial Jurídica del Ecuador, 1989, Quito, Ecuador, Pág. 33.

- g. Porque desde el punto de vista jurídico penal, no hay prescripción de éste delito, por que se juzga en ausencia del sujeto activo, conforme lo determina en su Art. 232 de nuestra Constitución<sup>71</sup>; y, porque no tiene amnistía así lo determina, el Art. 99 de Ley Orgánica de la Función Legislativa<sup>72</sup>, no permite la amnistía en los delitos contra la administración pública.

Desarrollando los mismos tenemos, que el literal a) se da por cuanto ocasiona daño o menoscabo material o moral al país, pues crea inseguridad moral y jurídica en sus connacionales; b) el funcionario saca provecho de su cargo o función, generalmente con abuso, con el fin de mejorar su patrimonio, su posición o el de un tercero; dejando de lado lo de servir al país, al interés nacional, pues sobre ellos esta su propio beneficio; c) se deja de lado la esperanza puesta por el Estado, en el funcionario, quien se hizo merecedor a dicha confianza, por haber ganado un concurso de méritos y oposición, en algunos casos, en otros, por haber recibido el voto (en caso de los cargos de elección popular), por la buena labor demostrada, etc.; sin embargo, a pesar de ello, se deja de lado la confianza otorgada, es decir, se deja éste privilegio ganado u otorgado, por intereses particulares del funcionario; d) evidentemente, el no aplicar, el hacerlo tarde o mal nuestra normativa penal, ha llevado a un daño, cada vez más creciente de los delitos de peculado; lo que se hace visible y sirve como semilla para un gran mal que azota a nuestro país, y conocido como *Corrupción*, ubicándonos dentro de los países más corruptos, posición nada halagadora, con lo cual es evidente, el poder contagioso de este nefasto proceder, e incluso últimamente ingresar en la lista negra del Gafi; e) es evidente, ya que deja de lado las declaraciones juramentadas exigidas por ley, antes de la posesión del funcionario, con lo cual, con su actuar contradice las declaraciones juradas realizadas, con ello podrá ser motivo de acciones penales, a parte del peculado, por su actuar contrario a lo jurado, aunque diremos que el funcionario no comete esta

---

<sup>71</sup> **Art. 233.-** Ninguna servidora (...) Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por **delitos de peculado**, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. **La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas.** Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.

<sup>72</sup> **Art. 99.- Amnistía.-** La Asamblea Nacional podrá expedir la resolución declarando amnistía por delitos políticos o conexos con los políticos. **No se concederá por delitos cometidos contra la administración pública** ni por genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro y homicidio por razones políticas o de conciencia.

nueva infracción (perjurio), como delito fin, sino como parte de su delito fin que es el de pecular, por ello en la práctica, ese actuar delictivo queda en la nada, porque se persigue la infracción más grave; f) la nación no sólo que se desconcierta, sino que se desorienta, se descompone, se desestimula su colaboración con el estado, especialmente en la materia tributaria, pues, el criterio es para que pago mis impuestos, si la corrupción lo va llevar a sus bolsillos y no va al destino planificado por la nación. g) la experiencia de nuestro país, ha llevado a volver reglamentaria a nuestra Constitución, por eso, se puso en la misma la imprescriptibilidad y el juzgamiento en ausencia del acusado, pues, nuestro país ha vivido una larga fila de expresidentes y funcionarios públicos, que después de cometer sus actos ilegales, han salido del país, y regresaban luego de haber prescrito sus acciones, evidentemente era lógico y necesario, que se de la imprescriptibilidad, sin embargo, creemos que no debe constar en la Constitución, sino en la ley penal. En cuanto al Juzgamiento en ausencia, pensamos que no debe darse, pues, se violenta el derecho del acusado a su defensa, suficiente con la imprescriptibilidad, pues, con ello si el funcionario público sea del nivel jerárquico que fuere, se fuga del país, mientras no regrese a ser Juzgado éste no se encuentra prescrito, pero si le juzgamos en ausencia ya para que la prescripción, es decir, debe existir una sola de las dos instituciones jurídicas. Como se aprecia la solución dada por el legislador no fue la mejor desde el punto de vista practico peor desde la parte legal. E incluso como vemos la gravedad de éste delito se hace evidente cuando se determina que no hay amnistía para el por su gravedad. Por todo lo expuesto, es indiscutible que el abuso es un delito grave.

En conclusión podremos ir diciendo que el verbo rector abuso, es de un delito grave (peculado), que consiste en el uso indebido (ilegal) de los bienes (objeto del delito) del Estado, variando con ello, esencialmente el destino de ellos (servicio al público por servicio privado), de los cuales tiene a disponibilidad material o jurídica o la posesión de la misma, en sentido jurídico-penal; y, que va ligado a un abuso de autoridad específico (violación de derechos tutelados por la ley penal) y nominado (forma parte de un tipo penal específico).

### **1.5 Abuso por Omisión**

Vale dejar mencionado que el concepto jurídico penal de “abuso, de abuso de autoridad, de Abuso de poder” está señalado no solamente por el exceso o extralimitación, sino también por el defecto u omisión. Como sabemos, “la omisión es la no realización de una acción finalista que el sujeto podía realizar en la situación concreta en que se hallaba”<sup>73</sup>, es decir, en la omisión el sujeto activo no se vale de la realización de un hecho causal para la obtención de un resultado, sino que no interrumpe el hecho causal que viene dado ya sea por la acción de una tercera persona, o de la naturaleza; la omisión es una inacción a cuyo pretexto obra una exigencia legal, es un no hacer determinado, él que se encuentra establecido en el ordenamiento normativo”<sup>74</sup>. Es decir, es evidente que se puede realizar y cabe perfectamente el abuso por omisión, con la misma carga hasta ahora señalada, para el abuso por acción, un ejemplo de esto sería si un funcionario público “A”, el cual debe controlar que el funcionario “B” realice la liquidación y cobro de una multa a un ciudadano “X”, observa que se ha liquidado y cobrado en menos la multa; sin embargo de ello, omite “A” pedir que se reliquide (a pesar de tener la facultada para hacerlo), en virtud de que “X” es un familiar. Vale aclarar que la omisión que se da es la impropia o conocida como comisión por omisión, además, pensamos que este tema no tiene una solución sencilla, pues las variantes son amplias, de ahí que considero que el tema requiere un análisis pormenorizado.

### AMPLIAR EL ANALISIS

#### 1.6 Abuso y sus Mecanismos

Para ir complementado éste verbo rector, abusar, que consiste en que el funcionario público, a sabiendas, adopta una conducta impropia respecto del patrimonio público, vamos a ver a través de que mecanismo predeterminados por la norma lo hace. Estos mecanismos son el desfalco, la disposición arbitraria u otra conducta semejante, y con los cuales obtiene el resultado concreto, consistente en traspasar, sin justa causa, es decir ilícitamente, los recursos económicos o bienes del estado a su patrimonio personal o al de un tercero que no necesariamente debe ser servidor público.

---

<sup>73</sup> Ídem (4), pág. 1129

<sup>74</sup> MALDONADO, Sandra, “Elemento Volitivo del dolo en la Omisión”, Trabajo realizado en la Maestría de Derecho Penal, de la Universidad del Azuay, 2007, Cuenca, Ecuador, Pág. 1.

Al respecto tenemos que se considera “*Desfalco* a la sustracción<sup>75</sup>, retención indebida o uso privado de caudales o valores por la persona que tiene la obligación de custodiarlos, de devolverlos o de servirse de ellos para fines específicos, y tratándose de dineros públicos, integra delito de malversación

Las formas más frecuentes que el desfalco adopta son:

1. La apropiación en beneficio propio de caudales ajenos, por sustracción, que se supone que no va a descubrirse o afrontando esa advertencia, aunque tardía, cuando ya se ha desaparecido con lo hurtado;
2. Efectuando una especie de “auto préstamo”, cual anticipo para los gastos urgentes y que superan las disponibilidades propias, con propósito inicial de reintegro, aunque luego se malogre ,
3. A modo de adelanto de sueldo por iniciativa propia y con la idea de reposición en el día del cobro;
4. Retrasando la devolución de cantidades recaudadas o demorando rendiciones de cuentas, con saldos pendiente de entrega”<sup>76</sup>.

**Disposición Arbitraria**, como sabemos consiste en la acción o efecto de poner o colocar en un lugar o situación, determinados bienes (objeto del tipo), y que se lo realiza de una forma contraria a la razón, a las leyes y a la justicia; pues se sujeta a la voluntad del sujeto activo del delito. Con lo cual vemos que es muy similar en gran medida al desfalco y a las formas que adopta el mismo, dándose si cabe una diferencia en cuanto que el desfalco se lo realiza por sustracción, retención indebida o uso privado, en tanto que la disposición se lo realizaría por cualquier otra forma que no sean las mencionadas, así como el de disponer que los subalternos a cuyo cargo están los bienes públicos, realicen con los mismos un determinado fin particular del sujeto activo, valiéndose en forma arbitraria de que el inferior debe cumplir la orden dada. Por ello se dice que

---

<sup>75</sup> La sustracción consiste en el acto de poner los bienes fuera del alcance de la custodia bajo la cual las leyes, los reglamentos, o, en general, las disposiciones las colocan, así lo expresa Sebastián Soler, en su Tomo V, del Derecho Penal Argentino.

<sup>76</sup> CABANELLAS Guillermo, “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”, Tomo III, Edt. Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1981.

ambos (desfalco y disposición arbitraria), son mecanismos de abusar y ambos son la especie de un género llamado malversación.

Doctrinarios ecuatorianos respecto del verbo abusar, señalan que no es de lo más certero y que mejor son los “utilizados en otros códigos (la mayoría utilizan un verbo mucho más claro: “apropiarse” y secundariamente “distraerse”), se puede concluir que esta palabra padece de cierta ambigüedad, pues su sentido propio es usar indebidamente una cosa, no darle el uso al que esta destinada, conductas que siendo ilícitas no establecen con la necesaria precisión la naturaleza de la conducta incriminada ni su gravedad. Seguramente esta posible ambigüedad llevo a que en 1941, el legislador agregará una suerte de explicación sobre el alcance del abuso. “desfalco, malversación, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante”<sup>77</sup>. No compartimos aquello, si bien el término podría dar ambigüedad, creemos que ello es en el común de la gente, pues, los operadores de justicia tienen un concepto diferente, si bien no el mejor, pero tampoco para caer en la ambigüedad, y sobre todo, es evidente que el término abuso es un mejor verbo para el tipo penal.

El último mecanismo denominado *u otra conducta semejante*, nos parece una barbaridad del legislador, porque no solamente nos merece la crítica de un tipo penal abierto, ampliamente discutido dentro de la doctrina como nocivo en el campo jurídico penal; sino que incluso, en su redacción se expresa en términos no apropiados como es el de conducta, pues, sería más apropiado, *actuar*; y, termina diciendo semejante, sin especificar si es a los dos anteriores (desfalco o disposición arbitraria) o semejante al verbo rector abusar, pues la redacción realmente peca de pobrísima, de ahí urgente la eliminación de este mecanismo, citado.

Ocurre actualmente que en la práctica “la variabilidad de las conductas en el ámbito de las atribuciones oficiales, impide al legislador formular una relación casuística y exhaustiva de los posibles comportamientos delictuosos. Pero las necesidades de la sistematización legislativa, la gravedad de los hechos y la vigencia positiva del principio de reserva (muy discutido actualmente sobre todo en Alemania), obligan la separación de algunas conductas para ubicarlas en la parte especial, conformando tipos autónomos.

---

<sup>77</sup> Ídem (37), Pág. 127.

Otras formas del abuso están tipificadas sin descripción específica del comportamiento, que integre todas sus características y elementos distintivos, pero con la referencia genérica contenida en la expresión “acto arbitrario o injusto”.

Finalmente, algunas conductas, abusivas por su misma naturaleza, que lesionan o ponen en peligro relevante a la administración pública pero no con la intensidad necesaria para conminarlas en el ordenamiento punitivo, están prevista en normas administrativas de contenido disciplinario<sup>78</sup>.

Para Concluir todo lo expuesto en este numeral creo que con la presente investigación se contribuye, a llenar la falta de tratamiento de parte de la doctrina y la jurisprudencia, de este verbo rector. Ya que en el quehacer diario jurídico, en su aplicación al mismo se lo entiende en forma muy fácil que es atropellar, violentar, etc.; tomándole como una acepción muy genérica, sin un mayor análisis de los elementos de los que está constituido éste, que los hemos dejado expuesto en forma clara, en consecuencia, este verbo rector tiene su complejidad la misma que debe ser analizada por operadores de la justicia en su aplicación diaria así como los doctrinarios; en razón del gran incremento de éste tipo penal de peculado, con lo cual mejoraremos en una ley que haga justicia.

Los elementos a tomar en cuenta del verbo rector abuso, son: se da en un delito, que se lo puede cometer por acción u omisión, el mismo que es grave (peculado), que consiste en el uso indebido (ilegal) de los bienes (objeto del delito) del Estado, variando con ello, esencialmente el destino de ellos (servicio al público por servicio privado), de los cuales tiene a disponibilidad material o jurídica o la posesión de la misma, en sentido jurídico-penal; y, que va ligado a un abuso de autoridad específico (violación de derechos tutelados por la ley penal) y nominado (forma parte de un tipo penal específico); los mecanismo por los cuales se puede llevar a cabo son el desfalco o la disposición arbitraria.

Por lo expuesto, crememos y hemos argumentado en forma clara que el verbo rector abusar, es trascendental e importante, y en consecuencia consideramos que el verbo

---

<sup>78</sup>Idem, (12) Pág. 9.

*ABUSO* es el verbo rector del tipo penal de peculado, que mejor se adecua para las diversas forma de actuar de los funcionarios públicos y por las connotaciones aquí analizadas.

**BIEN JURIDICO PROTEGIDO**, nos toca analizar éste tema, al respecto siguiendo al tratadista Donna, en su libro Derecho Penal Parte Especial, en su tomo III, entre las paginas 258-260, tenemos, que “en el primero de los significados define al peculado propio como “la apropiación de cosas públicas cometida por un persona investida de algún cargo público a la cual, precisamente en razón de éste le fueron entregadas, con la obligación de conservarlas y devolverlas, las cosas de que se apropia”.

Entendido el bien jurídico como una formula sintética concreta de lo que se protege realmente, por concluirse, como lo hace Feijoo Sánchez, que estamos en presencia de un bien jurídico de carácter supra individual, de tipo funcional y no estático. Lo que se intenta proteger, como lo expresa el autor es el “correcto funcionamiento de la administración pública”.

El bien jurídico de éste delito lo constituye el eficaz desarrollo de la administración, pero referida concretamente al cuidado de los fondos públicos que surgen en razón de los deberes especiales que le incumben al funcionario.

Así se acierta cuando se sostiene que “la malversación tiene como objeto de tutela el patrimonio público como sustento esencial de los servicios públicos y la potencialidad de la administración para cumplir los fines que le son propios depende en gran medida del mantenimiento del sustrato patrimonial que se le atribuye, primando, desde un concepto dinámico, la idoneidad de dicho sustrato patrimonial para llevar a cabo las finalidades que le son propias”.

Por eso, “no es delito patrimonial en primer termino, aunque su efecto sea de carácter patrimonial pues el patrimonio esta en consideración de la función administrativa y tampoco es un delito socio – económico, pues no se considera el funcionamiento socio – económico del sistema”.

No es que se tutele la integridad del patrimonio público, sino, como se ha venido sosteniendo, sobre todo el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado y la propia fidelidad de los funcionarios encargados de velar por el mismo.

Sin embargo, desde otra posición se puede afirmar que no es la conducta del funcionario de manera inmediata, ni la pureza del deber de fidelidad, ni la capacidad prestacional de los poderes públicos, como lo que se protege, si no lo que esta en juego es la hacienda pública misma: el legislador quiere asegurar que el dinero y otros activos patrimoniales que pone a disposición del funcionario público sean administrados con las finalidades previstas en la ley.

Para Creus, el bien jurídico es la regularidad del desarrollo de las actividades patrimoniales del Estado, pero aclara que no se protege específicamente la propiedad de los bienes si no la seguridad de su afectación a los fines para los cuales se los ha reunido. Lo que se quiere lograr es el cumplimiento de las leyes que rigen el manejo de esos bienes, su administración y disposición. En síntesis, lo que se protege dentro de éste capítulo es la sujeción del funcionario a la ley, ya que un Estado de Derecho los bienes públicos como tales deben estar regidos por el presupuesto de la Nación básicamente como ley del Congreso, y no por la voluntad del funcionario público. Por eso puede afirmarse la existencia de una cercanía que tiene éste tipo penal, a nuestro juicio, con la administración fraudulenta aunque no es necesario, como se verá en algunos tipos penales, el daño a la administración pública”.

Nuestros doctrinarios ecuatorianos tiene criterio igual así el doctor Ernesto Albán Gómez, en su libro Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, tomo II, parte especial, en la pagina 126, nos dice: “como ya se señalo, en general el bien jurídico lesionado en los delitos contra la administración pública es al regularidad funcional, la corrección y buena marcha de la instituciones públicas y correlativamente la probidad y fidelidad de quienes prestan servicios a estas instituciones. Y en el peculado el delito en el cual éste criterio definidor plantea un cierto conflicto, pues en la naturaleza de éste delito esta el perjuicio patrimonial que sufre la entidad pública; pero hay que reiterarlo: la defensa de los intereses patrimoniales no es el objetivo central de la incriminación. el delito existe aunque el sujeto activo devuelva los valores distraídos o aunque se trate de funcionarios

caucionados y el monto no exceda de la caución, o como cuando por cualquier otra circunstancia (la existencia de un contrato de seguro) no se produzca el perjuicio patrimonial. De todas maneras, el elemento venalidad esta presente en la consideración social del delito, y sobre todo si el perjuicio económico es elevado, éste será un factor a tomar en cuenta como circunstancia agravante, pero nada mas”.

En conclusión el bien jurídico, no solo es la fidelidad, el patrimonio, ni el cumplir la normativa de una adecuada función, sino el conjunto de todas ellas que en mayor o menor grado se conjugan para ser protegidas, por el legislador.

## **2.- LA CALIDAD DE FUNCIONARIO PÚBLICO DEL SUJETO ACTIVO CALIFICADO.-**

Creemos necesario, para abordar de mejor manera este punto, desarrollar en forma amplia lo relativo al sujeto activo calificado, pues pensamos que es necesario en virtud de que es un elemento importante y decidor en esta investigación, en razón de que es uno de los elementos importantes del tipo penal, que hace y lo ubica en los delitos especiales, pues de lo contrario, caería en uno de los delitos comunes. Para ello partiremos de los antecedentes de los sujetos especiales dentro de los que esta el peculado, luego su definición, sus características y requisitos; y, análisis de los diversos funcionarios, ya que en el peculado el sujeto activo como condición *sine quanon* debe de ser un sujeto especial, es decir, un funcionario.

### **2.1 Antecedentes de los Sujetos.-**

Entre los romanos existía grandes interrogantes de los delitos especiales (como el peculado), uno de ellos referente a las personas que pueden cometer estos delitos; pues no todo hurto de dinero público es peculado, sino que debe considerarse la calidad del ladrón, habida cuenta de su persona, y del título mediante el cual el dinero público es por él poseído. En cuanto a la persona incurren en este delito los tesoreros, los recaudadores, los cajeros, los superintendentes de los servicios de abastos, y del cobro de los tributos, los jueces, y generalmente los administradores de dinero público; a estos se deben agregar, por causa de complicidad, aquellos que con su cooperación hubiesen

facilitado el delito, de suerte que un particular que hubiese robado aún cajero deudor de cantidad, no es reo de peculado sino de hurto. Además en cuanto al título por el cual se posee el dinero, no eran, según el derecho romano, imputables de peculado los que se apropiaban del dinero público que poseía por su cuenta y del cual eran deudores de cantidad y no de especie. Estos eran considerados como deudores privados del Estado y no reos de este delito, y, según la opinión de algunos, podían ser acusados de falta de residuos o saldos. En Toscana los administradores que se apropian del dinero público a ellos confiado sea poseído por su cuenta y riesgo, o no, son reos de peculado indistintamente<sup>79</sup>. Como vemos desde la antigüedad, en los delitos especiales la determinación de los sujetos, no era fácil, pues exige de los mismos condiciones especiales.

Como se aprecia, es indiscutible que entre los delitos especiales, uno de los más antiguos es los que van en contra de la administración pública (peculado), por ende, los sujetos de éste tipo de delitos son los antecedentes históricos más remotos, y es así como “entre las más antiguas leyes de la humanidad que conocemos, el *Código de Manú o Leyes de Manú (Manva – Dharma Satra)* dedica algunas de sus disposiciones al peculado o concusión. Su libro VII, relativo a la conducta que deben observar los reyes dice:

“40. Muchos soberanos, a consecuencia de su mala conducta, han perecido con su bienes, mientras que ermitaños han obtenidos reinos por su cordura y humildad”.

O esta otra:

“124. Los empleados que llevan su perversidad hasta sacar dinero de los que tiene que tratar con ellos deben ser despojados por el rey de todos sus bienes y desterrados del reino”.

Como se puede ver, ya entonces, alrededor de 1.000 años antes de nuestra era, es decir, con una antigüedad de 3.000 años, más o menos, sin poder fijar con exactitud la fecha

---

<sup>79</sup>Idem (7).

de su redacción, se penaba el delito de peculado o concusión en términos generales, pero de ningún modo ambiguos.

Lo mismo ocurre con los manuscritos encontrados cerca del Mar Muerto, y a los que se da el nombre de “Rollos del Mar Muerto”. Algunos de ellos llevan el título de Comentarios de Nabun y Comentarios de Habacuc, y se les asigna una fecha que es aproximadamente de 70 años de nuestra era. En esos rollos se habla de un sacerdote impío en lucha abierta con otro personaje simbólico llamado Maestro rectitud, en los siguientes términos:

“El sacerdote impío que fue llamado con el nombre de verdad cuando inició su ministerio, pero cuando gobernó sobre Israel su corazón se exaltó y abandonó a Dios y traicionó los estatutos en beneficio de la riqueza de los hombres de violencia que se habían rebelado contra Dios; y tomó la riqueza de los pueblos, sumando así sobre sí mismo el pecado de extralimitación; y fraguó caminos de iniquidad con toda impureza de lo inmundo”.

“El sacerdote impío a quien, debido al mal inferido al Maestro de rectitud y a los hombres de su partido, Dios entrego en manos de sus enemigos para que los atormentaran a golpes a fin de que pudiera ser exterminado con amargura en el corazón, por el mal que había hecho a su elegidos”<sup>80</sup>.

Así, como en este antecedente remoto del delito de peculado se aprecia; podemos decir, que los sujetos en estos delitos especiales siempre requieren condiciones específicas, las requeridas por tipo penal especial (*intraneus*, los funcionarios, el parricida, el prevaricato judicial).

Se puede observar que no vamos a tener un desarrollo histórico de los sujetos en los delitos especiales, único o unánime, y por ende tampoco en el peculado; puesto que, el antecedente histórico de los sujetos en los delitos especiales, será el antecedente que cada sujeto tenga en su tipo penal, con el denominador común de todos los sujetos, de que el *intraneus* requería condiciones específicas, en consecuencia, unos serán más

---

<sup>80</sup> Ídem (8).

antiguo que otros, tendrán condiciones diferentes y su desarrollo histórico diferirá, pero como dijimos tendrán el denominador común referido.

## **2. 2 Definición.-**

Comenzaremos de un marco general y diremos que se han dado varias definiciones de autores dentro de las teorías jurídico penal, así en forma resumida podemos señalar:

**La teoría Unitaria del Autor**, considera “a todos los intervinientes que aportan un contribución causal a la realización del tipo, con independencia de la importancia que ha tenido su colaboración en el marco total del suceso (...) bastará una conexión causal con el hecho para llegar a la conclusión de que le individuo ha sido su autor”<sup>81</sup>

**Las teorías Diferenciadoras**, tiene varias tesis, así para la a) tesis subjetiva, “*autor* es el que actué con *animus auctoris*, y partícipe, el que lo haga con *animus socii*”<sup>82</sup>; existiendo dentro de la subjetiva otras variantes que dejamos enunciadas como son: la tesis del dolo, la del interés entre otras. Para la b) teoría formal objetiva, “(...) considera “*autor* el que realice aunque sea alguno de los elementos típicos. Desde este punto de vista sólo se tiene en cuenta si el sujeto realiza de propia mano el verbo típico (...) *autor* todo aquel cuyo comportamiento entre en el círculo que el tipo pretende abarcar (...)”<sup>83</sup>. c) teorías objetivos materiales, para su concepción de *autor*, dejan de lado el ámbito subjetivo de los intervinientes y buscan un aspecto material, y no se conforma con remitirse a los tipos de delito. d) teoría del dominio del hecho, según el profesor Bacigalupo, el *autor* en esta teoría sería aquel que tiene el domino del hecho, y éste “domino del hecho se debe manifestar en una configuración real del suceso y quien no sabe que tiene tal configuración real en sus manos carece del domino del hecho”<sup>84</sup>. Dentro de esta teoría tenemos otras variantes como son: Wezel, quien basa su teoría del domino del hecho en la separación entre ser y valor, y nos habla del señor del hecho, que más adelante lo examinaremos más detenidamente. Maurach y Gössel, sostienen

---

<sup>81</sup> DONNA, Edgardo Alberto, “La Autoría y la participación criminal”, 2da. Edición; Edit. Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2005, Pág. 13.

<sup>82</sup> Ídem, (81), Pág. 17.

<sup>83</sup> Ídem (81), Pág. 24.

<sup>84</sup> Ídem (81), Pág. 31.

“un concepto objetivo de *autor*, (...) Sin embargo, ese aspecto formal objetivo no alcanza para definir la autoría sino que debe ser completado con un criterio material autor será quien “tiene el dominio final del hecho”, mientras que los partícipes, en cambio, carecen del mismo”<sup>85</sup>. Roxin, “la idea del dominio del hecho debe ser entendida como un concepto abierto (...) Por lo tanto, se puede decir que no es un concepto fijo, ni tampoco un concepto indeterminado”<sup>86</sup>. Por ello hay que analizar en los casos como son: dominio de la acción (quien sin depender de otra realiza los elemento del tipo es sin duda *autor*), dominio de la voluntad (es el supuesto de la autoría mediata, en la cual el autor de atrás tiene su esencia en el poder de la voluntad conductora) y dominio funcional (se da en varios autores dirigen el hecho y que cada uno depende del otro, es un dominio condicionado al actuar del plan global)<sup>87</sup>. e) teoría de Mir Puig, son “*autores* aquellos causantes del hecho imputable a quienes puede atribuirse la pertenencia, exclusiva o compartida del delito; de entre aquellos causantes, el delito pertenecerá como autor a aquel o aquellos que reuniendo, las condiciones personales requeridas por el tipo (delitos especiales), aparezcan como protagonistas del mismo, como sujetos principales de su realización”<sup>88</sup>. f) teoría de Jakobs, “se parte de la idea de autorresponsabilidad, esto es, que cada uno ha de responder de las consecuencias de su comportamiento y, para esto, es determinante el rol que esta persona ocupa. De esto se deduce que debe excluirse la imputación de aquellos hechos que un tercero extiende arbitrariamente del acontecimiento del que por el rol responde el primero”<sup>89</sup>. g) Kóhler, “*autor* es quien por sí mismo pone en peligro o lesiona el bien jurídico, por medio de la realización objetiva del tipo penal”<sup>90</sup>. h) Donna, “*autor* es quien comete el delito por sí mismo, poniendo el concreto proceso de realización de la lesión típica o, en caso de ser varias las personas, aquel que en un proceso de atribución, a un sujeto libre sobre un curso de conductas objetivas, tiene el dominio de los hechos, siempre dentro de la idea de conductas externas y libres”<sup>91</sup>.

---

<sup>85</sup> Ídem (81), Pág. 33.

<sup>86</sup> Ídem (81), Pág. 35.

<sup>87</sup> Ídem (81), Pág. 36.

<sup>88</sup> Ídem (81), Pág. 36.

<sup>89</sup> Ídem (81), Pág. 37.

<sup>90</sup> Ídem, (81), Pág. 39.

<sup>91</sup> Ídem (81), Pág. 39.

Luego de éste breve análisis, creemos necesario dejar en claro algunos aspectos de la autoría, participación y clases de sujetos; a fin que con todos estos elementos podamos sacar nuestro concepto.

Así en primer lugar, respecto de autoría, tenemos que “Welzel ha sido quien por primera vez ha intentado llevar a la práctica un concepto “ontológico” – si cabe expresarlo así- de autor en estado puro. Ya en uno de sus primeros trabajos había manifestado “notables reparos” frente a la opinión de que el “concepto autor sea valorativo”, señalando que las diferencias determinantes para la distinción entre autoría y participación se encuentran –en las diferencias ontológicas y de categoría entre las respectivas acciones-, de manera que en el ámbito de la teoría de la participación no es posible –pasar de largo ante los planteamientos ontológicos-. De esta obra no se desprende a qué resultados materiales conduciría tal modo de considerar (...) Wezel por primera vez, en sus *Estudios sobre el sistema de Derecho penal*, de modo general y amplió hoy tan influyente “teoría final de la autoría”, sobre la base de su doctrina de la acción y conectando con los resultados alcanzados por Richard Lange. Como es sabido el concepto de “acción” ontológicamente dado, no susceptible de modificación a través de ideas teleológicas del legislador, consiste en la dirección del curso causal por medio de la voluntad humana finalista. Al tenor de lo cual para él la autoría es –la forma más amplia de dominio final. El autor final es señor de su decisión y de la ejecución de ésta y así señor de “su” hecho, que configura, consciente del fin, en su existencia y forma de ser concreta. Bien es verdad que el inductor y el partícipe tienen también cierto dominio del “hecho”, pero sólo sobre su participación. El hecho como tal está sometido sólo al dominio final del autor. El inductor instiga el hecho ajeno y el partícipe lo apoya, pero el dominio final sobre éste, el dominio sobre la decisión y su ejecución real sólo lo tiene el autor. La posición metodológica básica de Welzel se revela claramente cuando prosigue: -La diferencia estructural entre autoría y participación no reside en preceptos de derechos positivo, sino en estas manifestaciones esenciales del actuar final dentro del mundo social-; más aún:-Ni siquiera la ley positiva puede eliminar estas diferencias básicas, porque no son productos de un legislador, sino manifestaciones reales del ser comunitario ya dado-.”<sup>92</sup>. “Welzel había fijado un límite a su teoría, ya que no acepta

---

<sup>92</sup> ROXIN Claus, “Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal”, séptima edición, edit. Marcial Pons, Madrid 2000, Pág. 35.

que el sujeto de atrás pudiera llegar a ser autor. “La autoría mediata –afirmaba-, por medio de un sujeto actuante directo que es a su vez autor, resulta un despropósito”. Por lo tanto, no es autor mediato quien actúa detrás del autor directo que lo hace con error de prohibición”<sup>93</sup>.

Por su parte para Roxin, cuya tesis ha sufrido fuertes críticas, nos expresa, “en los delitos de dominio un sujeto es autor mediato si dirige, dominándolo, el acontecer mediante coacción o engaño a otro, o en el marco de aparatos de poder organizados. Por el contrario en los delitos de infracción de deber para la autoría mediata no se requiere el dominio del hecho. Basta que el individuo que está sujeto a una relación de deber deje la ejecución de la acción a una persona que se encuentra al margen de la posición de deber que fundamenta la autoría. Así pues, la coautoría y la autoría mediata se distinguen en los delitos de infracción de deber –de nuevo en contraposición a los delitos de domino- sólo en que en el primero caso cooperan para alcanzar el resultado varios obligados, y en el segundo intraneus y extraneus. También las distintas manifestaciones de la autoría adquieren así una estructura notablemente modificada”<sup>94</sup>

Como se aprecia, y lo veremos a lo largo del numeral dos, respecto del autor, se han dado cambios sustanciales, pues partiendo de la tesis del dominio final del hecho por parte del autor o la nueva concepción de considerar al autor, como al infractor del deber, nos demuestras que la autoría, no es un temática agotada, si no que se halla en pleno proceso de transformación y cambio.

Podríamos decir como conclusión que, autor, es quien domina el hecho el que tiene el domino causal o el que puede evitar determinada causal. La teoría del dominio del hecho es la síntesis de las dos grandes teorías, la UNA la teoría objetiva material, es el que realizaba el hecho, DOS, la teoría subjetiva, para esta podía ser o no el anterior el autor material; y el que podía hacer para sí el hecho. Lo que dice Roxin dada un determinada estructura la orden dada por un determinado jefe militar va a ser cumplida por la fungibilidad por parte del ejecutor, en consecuencia es el nexo de causación o

---

<sup>93</sup> Ídem (81), Pág. 32.

<sup>94</sup> Ídem (92), Pág. 394.

evitabilidad, porque el que ordene sabe que lo ordenado por él se cumpla ya que lo haga Juan, Pedro o cualquier militar, en consecuencia va a ser sancionado como autor, por tener la dominibilidad.

En **segundo lugar**, creemos importante analizar lo referente a:

Intraneus.- Es decir, esa persona que reúne la condición exigida en el tipo penal para ser autor; en el prevaricato: El Juez, los Abogados.

Extraneus.- El extraño, el sujeto que no reúne la condición para ser sujeto del tipo penal. Sin embargo de lo expuesto, se han dado varias teorías, así **una primera tesis** da “dos caminos posibles: A) Se puede considerar autor a cualquier sujeto que haya cooperado de algún modo en el hecho, sin hacer ningún tipo de diferenciación entre los distintos aportes de los intervinientes. A esta posición responde el llamado concepto unitario de autor. B) La otra alternativa es distinguir varias formas de intervención según el grado de importancia material de los aportes realizados. Desde éste punto de vista se procede a diferenciar al autor de resto de los partícipes, atribuyendo aquel carácter sólo a la figura central del hecho. Dentro de esta idea la cuestión se complica, habida cuenta de la cantidad de teorías existente sobre el punto”<sup>95</sup>. **Una segunda tesis**, igual da dos teorías “fundamentales denominadas: A) Autoría mediante delitos de dominio del hecho; y, B) Autoría mediante delitos de deber; y, **una tercera tesis**, en la actualidad dan cuatro teorías que son:

- 1) Ruptura del título de imputación.- Si el intraneus tiene dominio del hecho, será autor del delito especial, y extraneus, responderá por un delito común. Sostienen esta tesis entre autores como Cuello Calón, Soler, Manzini, Goldstein, en nuestro miedo el fallecido Edmundo Duran Díaz.
- 2) Unidad del título de imputación.- Esta tesis admite la responsabilidad y, en consecuencia, la sanción del extraneus como partícipe del delito especial o propio, cometido por intraneus. Por lo tanto, en el problema que tratamos de resolver tanto el intraneus como el extraneus deben responder por el delito especial.

---

<sup>95</sup> Ídem (81), Pág. 13.

Nuestro Tribunal Constitucional ha establecido el siguiente criterio sobre el mencionado principio: “La igualdad ante la ley según la jurisprudencia constitucional ha ido puntualizando que las situaciones iguales deben ser tratadas iguales y que las situaciones desiguales deben ser tratadas desigualmente, siendo en consecuencia inconstitucional dar un tratamiento diferente y contrario a quienes se encuentran en un misma o análoga situación, sin que exista de por medio una justificación racional”<sup>96</sup>.

“En nuestro país, se solucionó el problema del extraneus y del intraneus, al menos para el delito especial de peculado, pues se tomó éste criterio y es así como en nuestra Constitución en su Art, 233 (antes 121) se establece en su parte pertinente: “(...) Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aunque no tengan las calidades antes señaladas; ellos serán sancionados de acuerdo con su grado de responsabilidad”<sup>97</sup>.

No comparto esta tesis, pues es indiscutible que no existe en nuestro legislador un análisis jurídico penal correcto, pues lo que se hace es legislar con un sentimiento de castigar la corrupción, siguiendo ese sentimiento arcaico, de un vox populi vox Dei, lo cual para nada es correcto. Si el máximo Tribunal Constitucional, en su jurisprudencia ha establecido que a las situaciones iguales deben ser tratadas iguales y que las situaciones desiguales deben ser tratadas desigualmente, esto tiene sus limitaciones, por ejemplo: en el parricidio, la situación es la misma, una persona muerta por otra, pero es agravado por que la persona que mató, en el caso, es un ascendiente o descendiente; por ello, tratar de llevar ésta jurisprudencia de la igualdad dada al área penal, como lo ha realizado el legislador en el art. 233 (antes 121) de nuestra constitución, sin un mayor análisis, es nefasto, pues, no se toma en cuenta para nada la calidad de intraneus o extraneus, no se considera el domino causal o el que puede evitar determinada causal, en consecuencia, no entendemos ni es comprensible, la razón jurídica de ser, el porqué nuestro legislador a personas que *no tenían las*

---

<sup>96</sup>Ídem (56), Pág. 223.

<sup>97</sup>Ídem, (56), Pág. 223.

*calidades exigidas para el intraneus, sean sancionados como autores de delitos especiales.* Este rompimiento del esquema jurídico, no es una solución valedera, pues se ha incorporado a personas que no tienen relación con los sujetos de los delitos especiales.

- 3) “Complicidad del extraneus.- aquí se sostiene que el extraneus, puede ser cómplice, pero no coautor del delito especial, porque la punibilidad de éste no depende directamente del tipo específico que describe el delito sino del dispositivo amplificador de la parte general del código que autoriza al Juez a extender el radio de la acción de aquel tipo a la persona que coopera en su ejecución.
  
- 4) Infracción del deber.- Esta solución moderna se ha dado para el delito especial de peculado, y que nace de la Escuela Funcionalista. Desde este punto de vista comete el delito de peculado el servidor público que infringe el deber especial que tiene frente a los bienes fiscales a él confiados. Entonces, nada importa que actúe de propia mano o a través de un tercero; en el primer caso, no hay duda él es el autor del delito; y, en el segundo, también, aunque no tuviere el dominio del hecho, porque la norma le ha impuesto el deber especial de cuidar tales bienes”<sup>98</sup>.

**En tercer lugar,** creemos necesario e importante ver en forma puntual los sujetos en relación con los diversos tipos de delitos, a saber:

#### “SUJETO ACTIVO

- A) En los ***Delitos comunes***, cualquier persona.
- B) En los ***Delitos plurisubjetivos***, son de dos tipos: B.1) ***Delitos de Convergencia*** concurren varias personas en forma uniforme para la consecución del mismo objeto (rebelión, asociación ilícita); y, B.2) ***Delitos de encuentro***, concurren varias personas, bien autónomamente, como partes de una misma relación

---

<sup>98</sup> Ídem (56), Pág. 230.

delictiva (cohecho: en el que interviene el funcionario y la persona que lo soborna)

- C) De los anteriores, debe distinguirse los ***Delitos de participación necesaria***, “intervienen varios sujetos en la realización de la acción, pero uno de ellos permanece impune por ser precisamente el titular del bien jurídico protegido en el tipo (el sujeto pasivo en la agresión o abuso sexuales; el menor en los delitos relativos a la prostitución de menores)”.
- D) En los ***Delitos Especiales***, se exige determinadas cualidades especiales del sujeto activo de un delito, esto es, que a más de cometerlo tenga las cualidades exigidas en el tipo (el funcionario público en la malversación o peculado). Estos se dividen, en:

D.1) Delitos especiales propios.- Los que no tienen correspondencia con uno común (El lanzamiento de bienes)

D.2) Delitos especiales impropios.- Tiene correspondencia con uno común, pero la realización por determinadas personas, hace que se convierta en un tipo autónomo distinto y cuya punición es también distinta (Falsificación de documento público realizado por funcionario tiene mayor punición que realizada por una persona común. La apropiación o sustracción realizada por funcionario se lo tipifica como peculado).

Estos delitos plantean un problema es el tratamiento que debe darse a los partícipes, sin que tenga las cualidades personales exigidas por el tipo.

- E) En los ***Delitos de propia mano***, diferentes a los delitos especiales, pues aquí se exige la realización de una acción determinada y solo el que se encuentra en posición de ejecutarla inmediatamente y corporalmente, por si mismo, puede ser sujeto activo o autor en sentido estricto de la acción descrita en el tipo penal. (el acceso carnal, en la violación, en el falso testimonio)

## SUJETO PASIVO

- A) No siempre coincide el titular del bien jurídico protegido en el tipo legal, con el sujeto sobre el que recae la acción típica.

- B) La *cualidad del Sujeto Pasivo*, se lo discute en las personas jurídicas respecto a determinados bienes jurídicos (por ejemplo: Honor).
- C) En los *Delitos vagos o con intereses difusos*, se hace presente en los delitos de carácter comunitario, en donde el sujeto pasivo es vago y difuso.
- D) *Victimología*, actualmente es importante por la concepción de víctima o perjudicado del delito.<sup>99</sup>

En conclusión de todo lo expuesto podemos definir al sujeto de los delitos especiales, como:

*El Sujeto Activo en los delitos especiales, es aquel que domina el hecho, el que tiene el domino causal o el que puede evitar determinada causal; y se le exige determinadas cualidades especiales, esto es, que a más de cometerlo tenga las cualidades exigidas en el tipo; es decir, éste intraneus si tiene el dominio del hecho, será autor del delito especial (peculado), de ahí que por más que un extraneus, tenga el dominio del hecho, pero no las características especiales exigidas éste tipo de delitos, únicamente responderá por un delito común.*

*El Sujeto Pasivo en los delitos especiales, no tiene mayor complicación puesto que es el que recibe la protección de la normativa jurídica, por las características especiales que tiene como ser ascendiente o descendiente del sujeto activo, en el caso del parricidio; o las personas jurídicas de derecho público, entre los que están el Estado; entre esos sujetos no hay mayor problemática; sin embargo en nuestro país, surge un sujeto pasivo de delitos especiales, como es en el peculado la banca privada, que no es tal y que crea una problemática; y esto, por un mal análisis del sujeto activo así como del bien jurídico protegido, cuyo análisis lo realizaremos más adelante, en forma detenida.*

## **2. C.- Requisitos y características.-**

De lo expuesto anteriormente podemos obtener fácilmente los *requisitos*, es decir, la circunstancia o condición necesaria para algo<sup>100</sup>; así como las *características*, esto es, la

---

<sup>99</sup> MUÑOZ Francisco, “Derecho Penal, Parte General”, Edit. Turant lo blanch, Valencia, Pág. 293 -294, 2.000.

cualidad o el carácter que sirve para distinguir a alguien o algo de sus semejantes<sup>101</sup>, en nuestro caso, la condición para ser sujeto de los delitos especiales (peculado).

Uno de los elementos esenciales, de los sujetos en los delitos especiales que cumple con ser requisito o característica, al mismo tiempo, *es el de tener la condición exigida por el tipo*, como por ejemplo: el juez que se arroge funciones de autoridades políticas o administrativas; puesto que esta condición, es la necesaria para considerarse como delito especial y con la que distinguimos de sus semejantes, es decir, de los otros tipos de delitos. Y condición con la cual se afirma por la mayoría doctrinaria que el extraño nunca podrá ser autor en sentido estricto, ya que si como en el ejemplo hablamos de funcionario, es claro que quien no lo es no podrá ser nunca abarcado por el tipo especial.

Un requisito a destacar es la calidad especial del sujeto activo que lo distingue del sujeto activo “común”, como es el caso por ejemplo del funcionario público. En cuanto a las demás características o requisitos son los comunes a cualquier tipo de infracción.

## **2. D.- Análisis de los funcionarios Públicos, Sujeto Activo.**

Creemos, necesario realizar un estudio de aquellos funcionarios deben ser considerados y abarcados por el tipo penal del peculado, tomando en cuenta que el poder del estado se divide en tres funciones, denominados legislativo, ejecutivo y judicial, si bien nuestra actual constitución habla de dos funciones más de las mencionadas y que son: Electoral y de Transparencia y Control Social, no los voy analizar, ya que no comparto este criterio, pues querer aumentar las funciones del estado, sin el mayor sustento como se lo realizo por parte de nuestra Asamblea, alejada del derecho administrativo, queriendo descubrir funciones del estado, donde no lo hay, sólo para dar importancia a una determinada área no comparto, por ello mi análisis, será las funciones clásicas y reconocidas en forma mayoritaria por la doctrina administrativa.

---

<sup>100</sup> Microsoft® Encarta® 2007. © 1993-2006 Microsoft Corporation.

<sup>101</sup> Ídem, (7).

Previamente vale destacar que “el concepto de funcionario público es uno de los más imprecisos que se maneja en la doctrina jurídico administrativo (...); como lo veremos más adelante. El funcionario tuvo en la antigüedad un carácter sacerdotal y guerrero, aun en las denominadas democracias, como la república griega, donde la respuesta del dado, de la piedra preciosa y de la urna utilizada para elegirlo se consideró como la más segura manifestación de la voluntad divina. En la edad media se acentúa el carácter militar del funcionario, teniendo el cargo la condición de accesorio del feudo y por lo tanto al ser parte de su patrimonio es susceptible de herencia”<sup>102</sup>; criterio que en muchos casos y en algunos tipos de funciones se quiere mantener, en nuestro país, en forma soterrada, por ejemplo: los cargos de notario públicos, docencia universitaria, etc.

### **2. D. A) Legislativo**

Al respecto en nuestro país, existe normativa expresa para los funcionarios que laboran en el Asamblea, en la denominada Ley Orgánica de la función legislativa<sup>103</sup>, art. 161, del cual vale destacar, los siguientes elementos contemplados en varios artículos como son:

1. Se establece que toda persona que trabaje para la Asamblea Nacional tendrá la calidad de servidor público, estará sujeto a la Ley y resoluciones que expida el Consejo de Administración legislativa (CAL).
2. Hay dos calidades de servidores legislativos:

---

<sup>102</sup> DIEZ MANUEL MARIA, Derecho Administrativo, Tomo III, Edit. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1967, Pág. 338.

<sup>103</sup> **Art. 161.- Las servidoras y los servidores de la Función Legislativa.-** Toda persona que trabaje para la Asamblea Nacional tendrá la calidad de servidor público y estará sujeto a las disposiciones de esta Ley, reglamentos específicos y resoluciones que expida el CAL para el efecto.

Son servidoras y servidores de la Función Legislativa:

1. Personal legislativo permanente es aquel que luego de un proceso de oposición y méritos obtiene nombramiento y presta servicios en la estructura administrativa de la Asamblea Nacional;
2. Personal legislativo ocasional, es aquel que presta servicios mediante contrato en calidad de asesores, asistentes de los asambleístas, Secretario y Prosecretario de Comisiones Especializadas, entre otros, definidos en el Reglamento respectivo. La renovación de los contratos no otorga estabilidad ni permanencia por lo que no existe relación, ni obligaciones laborales con la Función Legislativa, una vez terminados los mismos; y,
3. Serán servidores de libre nombramiento y remoción la Secretaria o Secretario y la Prosecretaria o Prosecretario General, la o el Administrador General, las o los Directores, la o el Asesor Jurídico, la o el Asesor, la o el Secretario y Prosecretario Relator de las comisiones especializadas y demás titulares de las diferentes unidades administrativas, cualquiera sea la denominación del cargo que ocupen.

- Permanentes.- Aquellos que ingresan mediante concurso de méritos y oposición, se les emite nombramiento y pasan a formar parte de la estructura organizativa de la Asamblea ; y,
- Ocasionales.- Son funcionarios ingresados por contrato, y cuya renovación no le da estabilidad, ni obligaciones con la Función Judicial.
- Determina la calidad de que funcionarios son de libre remoción, tal el caso de Secretario de la Asamblea.

Como apreciamos la nueva estructura de nuestro Estado, de Asamblea por Congreso, modifíco, el trato a los funcionarios que laboran en el área legislativa, no compartimos desde el punto de vista de derechos administrativo aquello de considerarlos a los funcionarios legislativos como públicos, es decir, asimilarlos al personal legislativo con el de la función ejecutiva, pues, creemos que cada uno tiene particularidades que los diferencia y que van marcadas por la función a la que pertenece, aquello sería motivo de un análisis en el campo administrativo, en el campo penal y sobre todo el peculado este análisis no aporta mayormente, a parte de las características que hemos dejado señaladas, pues para el peculado como lo veremos más adelante, ambos son funcionarios públicos.

Por otra parte, “funcionario público es todo individuo que ejerce funciones públicas en una entidad estatal, incorporado mediante designación u otro procedimiento legal.

Este concepto contiene tres elementos esenciales:

- A) Ejercicio de funciones públicas, cualesquiera que sean. Es indiferente su naturaleza. Son igualmente funcionarios que ejercen funciones administrativas, como los que tiene a su cargo funciones legislativas o jurisdiccionales (...)
- B) La actividad debe prestarse en entidades estatales, es decir, incorporados a ellas, constituyendo uno de sus elementos integrantes (...)
- C) La prestación debe realizarse en un entidad estatal, cualquiera que sea ésta.”<sup>104</sup>

---

<sup>104</sup> SAYAGUES LASO ENRIQUE, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Montevideo 1986, Pág. 263.

Creemos que estos tres elementos dados por tratadista de derecho administrativo Sayagues Laso, son lo que deben marcar la pauta para considerar dentro del tipo penal a un funcionario público, sea éste judicial, del ejecutivo o como en el presente caso legislativo.

Como sujeto de los delitos especiales, y sobre todo del peculado, el funcionario legislativo, no difiere en nada esencial de las otras áreas. Si bien actualmente en nuestro país, hay dos tipos: de funcionarios o servidores legislativos un permanente y otro ocasional, creemos que no se presenta inconvenientes de estos servidores, pues es evidente que el *servidor legislativo permanente* encasilla su actuar (ejerce la función pública, como elemento integrante de una entidad estatal como es actualmente la Asamblea) en un sujeto del delito de peculado, pues reúne las condiciones establecidas por el tipo penal. En donde podríamos que existen dudas si es funcionario, sería en el *servidor legislativo ocasional*, por cuanto, es contratado momentáneamente y por ende se podría decir, que ellos no están incorporados como tales a la entidad, en éste caso la asamblea donde desempeñan sus labores. Sin embargo, ese análisis no es correcto, por cuanto, el momento de ser contratados adquieren la calidad de funcionario, puesto que dicho servidor, aunque sea contratado va ejercer la función dentro de un entidad del estado como es la asamblea, e incluso la actividad la realizará incorporado a su entidad, aunque dicha incorporación se haya realizado por un contrato y sea momentánea, sin embargo, como vemos cumple los elementos para ser considerado funcionario.

En conclusión todo servidor legislativo permanente u ocasional, se encuadra dentro de la calidad de funcionario y por ende sujeto al delito de peculado.

## **2. D. B) Judicial**

“Esta labor jurisdiccional es propia del Estado, y como consecuencia del funcionario judicial, jerárquicamente considerado, desde que dispone de autoridad e *imperium* para decidir u ordenar, distinguiéndolo del empleo judicial que colabora o contribuye en la substanciación de los procedimientos y por ende, en la preparación de las decisiones. El funcionario por la naturaleza de sus funciones, como se ha expresado representa al

estado en éste aspecto, integra o es el órgano jurisdiccional, encontrándose investido de potestad pública; en cambio el empleado o agente de la administración, que también forma parte del personal judicial, como subalterno, es el elemento que cumple con su pertinente tarea dentro del órgano, pero sin los atributos ya enunciados del funcionario”<sup>105</sup>.

La posición citada, ha sido criticada y está en contraposición, pues actualmente autores de derecho administrativo y de última data como “Gordillo, han descartado esa distinción, afirmando que ella no tiene sustento real o lógico, ya que no es posible hallar agente alguno de la administración que tenga por función exclusiva la de decidir o la de ejecutar, pudiendo, en consecuencia, ser claramente señalado como funcionario o empleado de acuerdo con el criterio de aquella doctrina. En efecto, el funcionario que se podría considerar de más jerarquía, o sea, el propio presidente de la República, no desempeña sus funciones sólo a través de órdenes o decisiones; también realiza comportamiento materiales que no implican la toma de decisiones, tal como asistir a un acto público, pronunciar un discurso, descubrir un placa, colocar la piedra fundamental de un edificio, etc. Lo mismo puede decirse de un empleado de poca jerarquía administrativa, por ejemplo, un ordenanza, quien cuando debe preparar el café no realiza una pura operación material, pues también debe lógicamente decidir, en el ejercicio de su función, que taza habrá de emplear, si el café está suficientemente caliente, etc.”<sup>106</sup>. Igual ocurre al funcionario judicial, pues no todos sus actos son imperium, como por ejemplo cuando el Juez recibe un informe pericial, cuando interviene en un reconocimiento de lugar, presencia una autopsia, diligencias en donde únicamente con su presencia lo que hace es legalizar los actos, constatar personalmente los hechos, y en donde no existe actos imperium; a su vez por el contrario, el personal subalterno como secretarios, alguaciles, etc.; en muchas ocasiones deciden, como el alguacil cuando, resuelve no llevar a cabo la diligencia ordenada por el Juez, por no estar de acuerdo la dirección en donde debe llevarse a cabo la diligencia; o un

---

<sup>105</sup> ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Tomo XII, Edt. DrisKill S.A. Buenos Aires, Argentina, 1980, Pág. 1043.

<sup>106</sup> DONNA Edgar Alberto, “El Concepto Dogmático de Funcionario Público en el Código Penal”, Revista: Delitos Contra la Administración Pública II, No. 2004-2; dado en los copiados de la Maestría en Derecho Penal, de la Universidad del Azuay, en el modulo Derecho Penal Especial II, Delitos contra la Administración pública, en la semana comprendida entre el 29 de septiembre al 3 de Octubre del 2008; Pág. 9.

secretario, que son los llamados a certificar piezas procesales, decide no conceder la certificación solicitada, por no estar de acuerdo a la realidad procesal.

Aclarado que funcionario judicial son todos, tanto de los que deciden como los que no. Ahora bien, estos funcionarios son sujetos del peculado, evidentemente que si, pues, incluso diremos que estos funcionarios son los que dan lugar a los llamados delitos especiales propios, así la prevaricación judicial sólo puede ser cometida por el Juez, y no por otra persona; o el de los secretarios, quienes son responsables de los expedientes, documentos, bienes, valores y archivos que hubieren recibido (Art. 104, 123 de la Ley Orgánica de la Función Judicial), y de no presentar oportunamente al Juez para su despacho y con ello darse la prescripción serán sancionados conforme el art. 101 del Código Penal; o como cuando actúan los secretarios o jueces, a pesar de estar impedidos. Es evidente que en todos estos casos y otros, nuestro funcionario judicial es un sujeto del delito de peculado, llevando incluso a que se los considere delitos especiales propios, pues incluso de acuerdo con nuestra Ley<sup>107</sup>, se lo considera funcionario público.

## **2. D. C) Ejecutivo**

Para doctrinarios del derecho administrativo “como Bielsa, es *funcionario público* el que, en virtud de designación especial y legal, sea por decreto ejecutivo, sea por elección, de manera continua, bajo formas y condiciones determinadas en un esfera limitada de competencia, constituye o concurre a constituir y a expresar o ejecutar la voluntad del Estado, cuando esa voluntad se dirige a la relación de un fin público. En análoga opinión Marienhoff afirmaba que *funcionario público* es el que actúa en jerarquía de cierto nivel superior, en tanto que empleado es encuadrado en niveles

---

<sup>107</sup> **Código Orgánico de la Función Judicial.- Art. 43.- Régimen legal de las diversas carreras.-**

Quienes pertenecen a las carreras judicial, fiscal o de la defensoría pública se rigen por las normas que establecen este Código, el Estatuto Orgánico Administrativo de la Función Judicial y los reglamentos.

La Carrera Administrativa que comprende a todas las servidoras y servidores que colaboran con los diversos órganos de la Función Judicial y que no desempeñan funciones como jueces, fiscales o defensores públicos, están sujetos a este Código y subsidiariamente a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa. A estas servidoras y servidores les está prohibido, aún por delegación, ejecutar funciones de carácter jurisdiccional, o aquellas exclusivas de fiscales y defensores. (*actualmente la ley de los funcionarios públicos es la Ley Orgánica del Servicio Público*).

jerárquicos de menor trascendencia con relación al funcionario”<sup>108</sup>. Estas definiciones no satisfacen lo que debe ser considerado un funcionario desde el punto de vista penal, e incluso la última definición ya habíamos manifestado y criticado que los niveles jerárquicos no son trascendentales en considerar a una persona como funcionario o empleado, puesto que la diferenciación en éste sentido no es importante, para el ámbito penal. Frente a estas posiciones están las de, “Ramos Mejía afirmaba “funcionario público” debía entenderse en el sentido del código penal, coincida o no con el alcance que pueda tener la expresión en el Derecho Administrativo, (como lo señala nuestra normativa legal en art. 18 Numeral 2 Código Civil<sup>109</sup>); o la de Rojas Vargas, cuando expresa que “el concepto normativo de “funcionario público” utilizado en la esfera penal excede los alcances de la definición efectuada en el ámbito administrativo, que solo considera la elección y la designación por autoridad competente como fuente de creación del mismo, existiendo en cambio en el derecho penal una determinación normativa como tercera fuerza productora del funcionario público a efectos penales”<sup>110</sup>. Como vemos se trata de un “concepto normativo que el propio derecho penal ha dado por lo menos en principio. De modo que no se advierte la necesidad de recurrir a otra rama del Derecho, con los problemas doctrinarios que traen de esos ámbitos. Hay que aceptar que la calidad de “funcionario público” es un elemento normativo del tipo entendiendo éste como aquellos elementos que “solo pueden ser representados y concebidos bajo el presupuesto lógico de la norma”<sup>111</sup>.

El funcionario público es “aquella persona que:

- 1) Está adscripta a la administración pública.
- 2) Tiene una relación de profesionalidad, en el sentido de que cubre un hueco dentro de la administración, esto es, que no colabora desde afuera.
- 3) Tiene una remuneración por parte de la administración pública.
- 4) Tiene un régimen jurídico administrativo propio.

---

<sup>108</sup> Ídem (106), Pág. 8.

<sup>109</sup> Código Civil, Art. 18.- “2a.- Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal;”.

<sup>110</sup> Ídem (106), Pág. 10.

<sup>111</sup> Ídem (106). Pág. 10

Se trata de un concepto funcional, que se relaciona con la participación de la persona en la función pública. El funcionario público visto así es un individuo titular de funciones orgánicas de servicio estatal, caracterizado por las notas de remuneración y profesionalidad pública. El concepto de funcionario se convierte en un concepto material – real, o, si se quiere, funcional – sustantivo, en cuanto a su relación directa con los bienes jurídicos a su cargo”<sup>112</sup>. Y en consecuencia existe relación directa con el bien jurídico, *debido al deber de cuidado* que debe tener quien por esa relación tiene la única capacidad de lesionarlo, afectarlo o por lo menos ponerlo en peligro. Sin embargo, la tesis del deber, ha sido criticada entre unos de sus opositores es Gracia Martín, quien dice: “en los delitos especiales puede afirmarse y no hay que desconocer el hecho de que la infracción de un deber es un elemento del tipo. Pero, contrariamente a lo que sostiene por un amplio sector doctrinario, inspirándose en Roxin, creo que la lesión de un deber extrapenal –formalizado o no- puede ser a lo sumo indicio de la tipicidad de lo injusto especial”. Por ende se trataría de una tautología. Que el funcionario que revela secretos que haya tenido por su cargo infringe obligaciones que tenía por su rango y jerarquía está fuera de duda, ya que esta violación es de gravedad. Pero no se explica la esencia del delito especial. Por ende para esta posición hay que buscar la esencia de estos delitos en otro lugar”<sup>113</sup>.

Para nuestra ley administrativa, se considera funcionario a todo servidor público que es ciudadano ecuatoriano legalmente nombrado para prestar servicios remunerados, en las instituciones, entidades y organismos del Estado. Además son aplicables a las corporaciones, fundaciones, empresas, compañías y en general sociedades en las cuales las instituciones del Estado tengan un aporte total o parcial de capital o bienes de su propiedad<sup>114</sup>. Como se aprecia no tiene elaborada una buena concepción de que

---

<sup>112</sup> Ídem (106), Pág. 10-11.

<sup>113</sup> Ídem (56), Pág. 50.

<sup>114</sup> **Ley Orgánica del Servicio Público. Art. 3.- Ámbito.-** Las disposiciones de la presente ley son de aplicación obligatoria, en materia de recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública, que comprende:

1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial y Justicia Indígena, Electoral, Transparencia y Control Social, Procuraduría General del Estado y la Corte Constitucional;
  2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y regímenes especiales;
  3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado;
- y,

organismos, entidades e instituciones son parte del Estado, ni por otro lado, tampoco no se entiende de lo que debe entenderse por funcionario por ello, incluso nuestra Ley Orgánica del Servicio Público, determina quienes deben ser considerados servidores<sup>115</sup> y quienes no<sup>116</sup>; valiendo señalar que están excluidos los miembros de las fuerzas

---

4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados y regímenes especiales para la prestación de servicios públicos.

Todos los organismos previstos en el artículo 225 de la Constitución de la República y este artículo se sujetarán obligatoriamente a lo establecido por el Ministerio de Relaciones Laborales en lo atinente a remuneraciones e ingresos complementarios.

Las escalas remunerativas de las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado y regímenes especiales, se sujetarán a su real capacidad económica y no excederán los techos y pisos para cada puesto o grupo ocupacional establecidos por el Ministerio de Relaciones Laborales, en ningún caso el piso será inferior a un salario básico unificado del trabajador privado en general.

De conformidad con lo establecido en los artículos 160, 170 y 181 numeral 3 de la Constitución de la República, los miembros activos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional y el personal de carrera judicial se regirán en lo previsto en dichas disposiciones por sus leyes específicas y subsidiariamente por esta ley en lo que fuere aplicable.

En razón de las especificidades propias de la naturaleza de sus actividades, y la implementación de regímenes particulares que su actividad implica, el Ministerio de Relaciones Laborales establecerá y regulará lo atinente a remuneraciones y supervisará y controlará la aplicación de los regímenes especiales de administración de personal establecidos en las leyes que regulan a la Función Legislativa, Magisterio, Servicio Exterior y a los miembros activos de la Comisión de Tránsito del Guayas; en lo relacionado con el personal ocasional la Función Legislativa observará lo previsto en su ley específica; los docentes del Magisterio y docentes universitarios se regularán en lo atinente a ascensos, evaluaciones y promociones por sus leyes específicas, excluyéndose de dichos procesos al personal técnico docente y administrativo que se regulará por esta ley al igual que se regulará por las disposiciones de este cuerpo normativo el personal administrativo del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración y de la Comisión de Tránsito del Guayas.

Estarán comprendidos en el ámbito de esta ley a efecto de remuneraciones, derechos y obligaciones en lo que fuere aplicable, nepotismo y procedimientos disciplinarios en lo que fuere aplicable, las corporaciones, fundaciones, sociedades civiles o mercantiles, con o sin fines de lucro, con o sin finalidad social o pública, cuya participación en el capital o patrimonio esté compuesto por más del cincuenta por ciento por aporte de las instituciones del Estado, de los gobiernos autónomos descentralizados o de recursos públicos. Respecto de los organismos establecidos en la Ley del Deporte, Educación Física y Recreación se observará lo previsto en la misma y esta ley en lo que fuere aplicable.

En las empresas públicas, sus filiales, subsidiarias o unidades de negocio, se aplicará lo dispuesto en el Título IV de la Ley Orgánica de Empresas Públicas.

<sup>115</sup>**Ley Orgánica del Servicio Público.- Art. 4.- Servidoras y servidores públicos.-** 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.

Las trabajadoras y trabajadores del sector público estarán sujetos al Código del Trabajo.

<sup>116</sup>**Ley Orgánica del Servicio Público.- Art. 10.- Prohibiciones especiales para el desempeño de un puesto, cargo, función o dignidad en el sector público.-** Las personas contra quienes se hubiere dictado sentencia condenatoria ejecutoriada por delitos de: peculado, cohecho, concusión o enriquecimiento ilícito; y, en general, quienes hayan sido sentenciados por defraudaciones a las instituciones del Estado están prohibidos para el desempeño, bajo cualquier modalidad, de un puesto, cargo, función o dignidad pública.

armadas, policía y otros. Desde el punto de vista administrativo, podríamos decir que nuestra ley, busca en forma muy pobre una definición funcional, sin lograrlo. En cambio nuestra normativa penal, si bien no nos da un concepto de funcionario, vamos a ver más adelante que la mayoría de sus artículos, se basan en su actuar, es decir, nuestra normativa penal va ligada a su función, sin que por ello implique la toma de esta posición doctrinaria.

Vale realizar una revisión de conceptos como trabajador, funcionario, empleado, dignatario, al respecto tenemos:

***Trabajador Público***, que es aquella persona que ejecuta una labor física o intelectual, y

---

La misma incapacidad recaerá sobre quienes hayan sido condenados por los siguientes delitos: delitos aduaneros, tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, lavado de activos, acoso sexual, explotación sexual, trata de personas, tráfico ilícito o violación.

Esta prohibición se extiende a aquellas personas que, directa o indirectamente, hubieren recibido créditos vinculados contraviniendo el ordenamiento jurídico vigente.

**Art. 11.- Remoción de las y los servidores impedidos de serlo.-** El Contralor General del Estado o el Ministro de Relaciones Laborales, por iniciativa propia o a pedido de la ciudadanía, solicitarán por escrito, en forma motivada, la remoción inmediata de la servidora o servidor público que estuviere impedido de serlo, previo el sumario administrativo correspondiente, de ser el caso, respetando los derechos a la defensa y al debido proceso. Esta solicitud será atendida por la autoridad nominadora, a quien corresponderá nombrar al reemplazante.

Si el infractor no fuere separado en el plazo máximo de cuarenta y cinco días, contados a partir de la solicitud de remoción, lo hará el Contralor General del Estado.

El no dar trámite a la solicitud de remoción, señalada en el presente artículo, será causal de destitución de la autoridad nominadora.

En el caso de gobiernos autónomos descentralizados sus entidades y regímenes especiales, el requerimiento para la remoción de las y los servidores públicos corresponde a la autoridad nominadora.

**Art. 12.- Prohibición de pluriempleo.-** Ninguna persona desempeñará, al mismo tiempo, más de un puesto o cargo público, ya sea que se encuentre ejerciendo una representación de elección popular o cualquier otra función pública.

Se exceptúa de esta prohibición a las y los docentes de Universidades y Escuelas Politécnicas Públicas y Privadas, legalmente reconocidas, siempre que el ejercicio de la docencia lo permita y no interfiera con el desempeño de la función pública. Igual excepción se aplicará a los músicos profesionales de las orquestas sinfónicas del país, quienes también podrán desempeñar la docencia en los conservatorios de música. Adicionalmente, se exceptúan de la disposición establecida en el presente artículo las autoridades o sus delegados que, por el ejercicio de sus cargos, deban integrar directorios y organismos similares del sector público. Para estos casos excepcionales, la citada delegación no será remunerada.

El ejercicio del cargo de quienes sean elegidos para integrar, en calidad de vocales, las Juntas Parroquiales, no será incompatible con el desempeño de sus funciones como servidoras o servidores públicos, o docentes, siempre y cuando su horario de trabajo lo permita.

A la servidora o servidor público de carrera que resultare electo para una dignidad de elección popular, se le otorgará de manera obligatoria licencia sin remuneración por el periodo de tiempo para el cual fue electo, bastando al efecto la notificación pública que efectúe el organismo electoral respectivo con los resultados correspondientes y la resolución de las impugnaciones que hubieren de ser el caso.

la desarrolla en el ámbito de la empresa privada o pública; y se lo asimila a Jornalero o empleado u asalariado, también se lo conceptúa como la persona natural que realiza la prestación de servicios lícitos y personales, bajo una dependencia o subordinación y por una remuneración. Des un punto de vista general, es evidente que éste cae dentro del ámbito laboral, sea que lo labore en empresa privada o pública.

***Empleado Público***, es conocido aquel criterio de que a todo empleado se le considera así, por cuanto hay más un esfuerzo intelectual que físico; aunque sabemos que en todo trabajo físico existe una descarga intelectual, así como, que en toda descarga intelectual existe una descarga física, de ahí aquella frase: “De que no son las manos del hombre las que trabaja sino es el hombre que trabaja con sus manos”. Esto en un sentido amplio, en forma específica y de acuerdo con Ramírez Gronda conceptúa así al empleado público: “El que voluntariamente se pone a disposición de una entidad pública para la prestación permanente, profesional y retribuida de su actividad (romano). Como hace notar Bielsa, si bien suele confundirse en nuestra legislación “empleo” y “función” pública, existe entre ambas una importante diferencia, por lo menos del punto de vista jurídico. Así, dice, la diferencia consiste en lo siguiente: la función supone un encargo especial, una “delegatio”, transmitida en principio por la ley; el servicio público sólo concurre a forma la función pública. Respecto del empleado, sólo hay, pues, una vinculación interna, al paso que con el funcionario hay una relación externa, que atribuye a éste criterio cierto carácter representativo”<sup>117</sup>.

Para Cabanellas como para Escriche, en la mayoría de países se considera como sinónimo a empleado como al funcionario. Creemos que desde el punto de vista del derecho administrativo los mismos tienen diferencia y su problemática a resolver, pero desde el punto de vista jurídico penal, como lo estamos analizando, no tiene mayor trascendencia, pues ambos son sujetos de los delitos especiales. Quienes corroboran y dejan claro lo que acabamos de señalar son los tratadistas Gustavo Aboso y Sandro Abraldes, en un trabajo sobre *el funcionario público*<sup>118</sup>, quienes sostienen en primer

---

<sup>117</sup> Ídem (56), Pág. 101.

<sup>118</sup> “a) Administrativistas.- Bielsa define con un concepto amplio al funcionario público al decir que “...la realización o actuación de los fines del Estado no se concibe sin la actividad intelectual o física de personas que, en sentido lato, son sus agentes, es decir, funcionarios o empleados, según el carácter jurídico de la actividad que realicen y según la naturaleza de la relación jurídica que los vincule con el

---

Estado...". Y agrega este prestigioso autor que "...es funcionario público el que, en virtud de designación especial y legal --sea por decreto ejecutivo, sea por elección--, de manera continua, bajo formas y condiciones determinadas en una delimitada esfera de competencia, constituye o concurre a "constituir" y a "expresar o ejecutar" la voluntad del Estado, cuando esa voluntad se dirige a la realización de un fin público, ya sea actividad jurídica o actividad social"(2).

En una misma línea argumental **Marienhoff** estima que no pueden considerarse sinónimos a ambos vocablos. Al respecto, sostiene que "funcionario es el que actúa en jerarquía de cierto nivel superior, en tanto que empleado es el encuadrado en niveles jerárquicos de menor trascendencia con relación al funcionario. No es posible ni recomendable señalar una línea fija de separación entre el funcionario y el empleado, pues ello depende del caso concreto, del organismo administrativo de que se trate, etc. Pero el criterio expuesto es idóneo para justificar que existe una diferencia entre funcionarios y empleados públicos"(3). Agrega el citado autor que considera que estas dos especies --funcionario y empleado-- se hallan comprendidas por una denominación genérica: agente.

Ilustrativa por su elocuencia es la diferenciación que realiza **Batbie**, quien distingue entre funcionario y empleado por razón de categorías: son empleados los que no tienen poder para decidir (4).

Un enfoque diametralmente opuesto adopta **Gordillo**, quien no encuentra diferencia alguna entre ambas terminologías, sosteniendo que "el derecho positivo argentino no hace diferenciación entre 'funcionarios' y 'empleados', y por el contrario establece que todos los agentes de la administración tienen la misma calificación jurídica. Si ello es así, y si además la distinción carece de base real, siendo su único sustento el uso vulgar que le asigna el nombre de 'funcionario' a los agentes de mayor jerarquía presupuestaria, y de 'empleado' a los de menor jerarquía, ninguna razón de índole teórico o práctica justifica mantenerla; debe por lo tanto eliminársela"(5).

#### b) Penalistas

Dos son las posiciones doctrinarias seguidas en el Derecho penal argentino:

**Una primera corriente** --emparentada en la faz administrativa con lo manifestado por Gordillo-- es seguida por Ramos Mejía, quien afirma que "...el término 'funcionario público' debe entenderse en el sentido admitido por el Código Penal, coincida o no con el alcance que pueda tener la expresión en el derecho administrativo. Tal sistema, de introducir en la ley la definición de algunos términos que pueden prestarse a equívocos o dudas, arranca en nuestro Derecho penal del Proyecto de 1891, inspirado a tal efecto en el Código holandés, y ha pasado así, a través del Proyecto de 1906, al Código vigente..." (6).

En la misma postura se encuentra **Soler**, quien interpreta que el término de funcionario público es el previsto en el art. 77 del Cód. Penal. En este orden de ideas, aclara que: "el concepto de funcionario público está fijado por el art. 77 del Cód. Penal, con validez para las definiciones del presente título. Existe, sin embargo, la excepción del art. 238"(7) --léase 240 actual--.

**La corriente opuesta es la liderada por Núñez**, quien conceptualiza al funcionario público --en analogía a lo sostenido por **Bielsa** y **Marienhoff**-- diciendo que: "...en lo que al Derecho penal atañe, lo que da la idea de lo que es un funcionario o empleado público es la participación o ejercicio de funciones públicas. Esta participación existe cuando el Estado ha delegado en la persona, de manera exclusiva o en colaboración con otras, la facultad de formar o ejecutar la voluntad estatal para realizar un fin público...". Y agrega: "...excepcionalmente el Código Penal reputa como funcionario público a una persona a la cual no se ha delegado el ejercicio de la función pública por elección popular o nombramiento de la autoridad competente. Hace esto en el art. 239, párr. 2º (ley 17.567 --Adla, XXVII-C, 2867--), que dispone a los efectos de los arts. 237 y 238 se reputará funcionario público al particular que tratare de aprehender o hubiere aprehendido a un delincuente en flagrante delito..."(8).

**Una tercera línea argumental** parecería seguir **Creus**, quien define al funcionario público dándole el siguiente alcance: "...el objeto de protección es la regularidad y eficacia de la función pública concebida en su sentido más extenso, comprensivo de la función pública en su sentido propio, es decir de la que importa un encargo del Estado en la persona del funcionario, por medio del cual aquél expresa su voluntad frente a/y sobre los administrados, como del servicio público que se desenvuelve dentro de la administración"(9) --la bastardilla es nuestra--.

#### **POSTURA DE LOS AUTORES**

Es nuestra opinión que la terminología utilizada por el Código Penal en su numeral 77 se presta a equívocos, ya que toma como sinónimos a los términos "funcionario" y "empleado público", cuando ellos gozan de una autonomía propia que viene dada desde el derecho administrativo (36). No nos parece inadecuado recurrir a esta rama del Derecho para lograr una mejor conceptualización. Si el Derecho penal recurre al civil, más precisamente al art. 2311 del Cód. Civil, para establecer los límites del término "cosa" utilizado en el tipo del art. 162, ¿por qué no utilizar en este tópico los avances doctrinarios alcanzados por aquella área de la ciencia jurídica? No debe olvidarse que el Derecho es una unidad y que

lugar, que los términos si bien son del derecho administrativo, hay que acudir al campo penal, pues su acepción que abarca de mejor de mejor manera; en segundo lugar, el funcionario tiene funciones propias del imperio del Estado, y el empleado no, pues sus funciones son sencillas; y, en tercer lugar, esto no implica una posición rígida, como lo expresan los autores, con respecto del funcionario, pues las actividades del estado son desarrolladas en forma amplia por diversos funcionarios y empleados públicos, es decir en el campo penal, la concepción del funcionario público es mucho más amplio.

**Dignatario**, según el diccionario de la lengua Español dignatario es la “persona popular, actualmente conforme nuestra constitución, vinculado a las dignidades que se elijan para la Asamblea. Como se aprecia brevemente existen diferencias notables, entre funcionario y dignatario, pues el último proviene del voto popular, o de la elección de cuerpo colegiado, u otras diferencias como que los dignatarios, pueden tener diferente

---

entre todas sus ramas existen fluidos vasos comunicantes: no hay compartimentos estancos. A nadie se le ocurriría decir que está viendo una biblioteca al observar un libro; de igual modo, no es aconsejable una visión parcializada en este tema.

Tenemos entonces, que el Estado expresa su voluntad a través de personas físicas que lo integran, de tal forma que esa expresión le es imputable.

Los funcionarios y los empleados públicos son esos órganos-persona de los cuales el Estado se vale para el cumplimiento de sus funciones esenciales y específicas --salud, seguridad, educación y justicia--, es decir, de los fines públicos que le son propios.

Es importante resaltar que el "funcionario público" detenta ese carácter en virtud de una "delegatio" propia a sus funciones, que no la posee el empleado público, el cual cumple el papel de mero auxiliar en la estructura de poder estatal, reflejada en sus tres áreas (funciones ejecutiva, legislativa y judicial).

El funcionario público, a partir de esa legislación, expresa la voluntad estatal que le fue conferida por un mandato de autoridad competente o elección popular. En este punto coincidimos con la redacción efectuada por el legislador en el artículo citado, con la salvedad, como "quid pluris", que aquél ejerce funciones propias del imperium del Estado.

Nota distintiva entre funcionario y empleado público es la índole de la actividad que ejercen. En este sentido, puede afirmarse que el funcionario es el que realiza aquellas funciones o cometidos esenciales y específicos de los que hablamos al comienzo, mientras que el empleado público sólo contribuye a que esos fines públicos, que le son propios al Estado, se lleven a cabo.

Esta opinión que se esboza no pretende construir un concepto rígido de "funcionario público", el cual se vería desvirtuado al ser trasladado a la realidad. Para que esto no ocurra, es necesario apuntar que las distintas tareas que cumple el Estado a diario, se desarrollan en forma diferente y propia a cada una de ellas. En el ámbito legislativo, no cabe duda, que los diputados y senadores revisten esa calidad, así como ocurre en el ámbito judicial respecto de los jueces, de los secretarios, de los defensores oficiales y de los asesores de menores. Párrafo aparte merecen los integrantes del Ministerio Público, a partir de la autonomía consagrada por la reforma constitucional de 1994 en el art. 120 de la novísima Carta Magna; no pudiendo soslayarse la asignación de esa calidad al procurador general, a los fiscales de cámara, ni a los fiscales de primera instancia. El mayor problema se presenta al tratar la administración pública con los alcances que le da el derecho administrativo, ya que al ser unipersonal el órgano en el que se inserta --el ejecutivo-- (37) se ve en la imperiosa necesidad de delegar mayor cantidad de competencias. Y es así como repercute en la esfera práctica cotidiana, siendo muestra acabada de ello la cuantiosa cantidad de fallos anotados "ut supra", en los que la diversidad de tareas complican singularmente la diferenciación.

nivel jerárquico; así como se ha establecido que la dignidad de diputado u otros, no son ni se los considera funcionario.

Es evidente que estas denominaciones no deben confundirse con la de funcionario, pues las mismas no tienen relación con ella. Por último vale aclarar que, el funcionario, en efecto, tiene dos voluntades y dos situaciones distintas según sea el modo de su actuación: su voluntad en cuanto persona y sus derechos y deberes en cuanto funcionario frente al Estado; y su voluntad orgánica, en cuanto desempeña la competencia estatal.

En el primer caso el funcionario puede tener derechos contrapuesto con el Estado, y se lo considera un sujeto de derecho diferenciado de él (actuar que puede traer acciones de desvalor no importantes para éste trabajo); en segundo el funcionario se subsume dentro de órgano jurídico, y en cuanto a titular del mismo, no tiene, según ya dijimos, derechos o deberes contrapuestos con el Estado, sino meramente competencia que le han sido asignadas y que desempeñara en su nombre, no tiene tampoco, en consecuencia un personalidad diferenciada de la del Estado; y será en éste último, que su actuar importa para el derecho penal y para éste trabajo, ya que aquí será sujeto del delito de peculado.

Un aspecto importante para completar lo tratado es lo referente a los “funcionarios de hecho, de facto (incompetente) y usurpador.

**A) *Faltas de requisitos en el agente con relación cargo.*** El peculado es en sí un delito de función cuando se presenta la quiebra por el agente del deber de propiedad. Puede suceder de que se ejerza función pública con el nombramiento de autoridad competente, pero sin llenar requisitos que se exigen para el cargo, por ejemplo: el juramento, la imposición, etc. Frente a una situación de esta especie, en caso de atentarse por el funcionario contra bienes públicos, ¿Se da el peculado?

Pensamos que un caso de esta naturaleza los agentes son verdaderamente peculadores. Los deberes en el ejercicio de la función son independientes de las formalidades del cargo. El abuso funcional se da aún sin el cumplimiento de ellas.

Por la misma razón corresponde declarar peculador a quien ejerce funciones publicas sin tener las condiciones personales, que la ley reclama para el cargo, mediando nombramiento de autoridad competente. Estando investido en legal forma de al representatividad de la función, la quiebra de los deberes le comporta responsabilidad penal. La ley penal protege a esta la “función”, con independencia de las consecuencias de otro orden que la falta de calidades de la gente pueda originar.

**B) Incompetencia. Funcionario de facto.** La denominada función de facto se suele presentar en la práctica, por motivos de incompetencia de la gente, como por una verdadera usurpación de funciones. Cuando acontece lo primero, que se produce el caso de la mera incompetencia, dado el presupuesto condicionante del peculado (“relación funcional con los bienes”) y, dentro de este presupuesto a su vez, de la “razón del cargo, es ahí corresponde tratar si se produce o no la exclusión de ella.

Dentro del tema del sujeto activo procede adelantar que cuando no se da el supuesto de la invasión de funciones (funcionario usurpador), si no que se trata de un funcionario que sólo extiende su competencia es posible el peculado.

El autor en el mencionado supuesto no ejerce la función por medio de un delito. Es decir, su relación con los bienes no lo adquiere por una delincuencia previa. La calidad de funcionario con manejo de bienes la tiene, lo único que hace es extender sus atribuciones (por ejemplo, custodio de la percepción fiscal, que realice el percibo).

**C) Usurpador de funciones.** El usurpador de funciones no tiene a su cargo un deber legalmente establecido, por cuanto su calidad es una sola apariencia. En consecuencia el usurpador no puede ser sujeto activo del peculado (por ejemplo, en aquellos casos en que se ejerce la función careciendo de la designación o se la ejerce después de haber cesado). Cuando se da el caso de usurpación de funciones no cabe duda de que por circunstancial que sea, casi siempre se estará frente a una conducta correlativa que puede ser culposa. En la hipótesis de invasión de funciones, es decir, cuando un funcionario absolutamente incompetente ejerce funciones relativas al manejo de bienes,

se esta frente a un verdadero usurpador. El caso entonces debe resolverse como tal ósea, como un usurpación de funciones”<sup>119</sup>.

Con el analice de estos tres literales, creo que dejamos muy claro el tema del funcionario, por ello, concluiremos diciendo como ya se expreso, que el funcionario público es visto como un individuo titular de funciones orgánicas de servicio estatal, caracterizado por las notas de remuneración y profesionalidad pública, es decir el concepto de funcionario se convierte en un concepto material – real, o, si se quiere, funcional – sustantivo, en cuanto a su relación directa con los bienes jurídicos a su cargo.

## **2. D. D) Personas Jurídicas Privadas o Públicas**

Dentro de la parte doctrinaria, no se habla de personas Jurídicas, como sujetos de delitos especiales, peor aún de peculado, sobre todo y en especial en calidad de sujetos activos, puesto que como conocemos existe criterio mayoritario de que las personas jurídicas no pueden ser autores de ilícitos, y en cuanto a los delitos especiales, como peculado, se requiere que sean personas naturales las que comentan el ilícito, por sus propias manos y ligado íntimamente con su condición de funcionario y es imposible que por estas dos circunstancias expresas pueda realizarlo una persona jurídica. No así en los sujetos pasivos, donde con el criterio del legislador se ha procedido hacer extensivo a personas jurídicas públicas o privadas que no tienen las condiciones de ser sujetos pasivos de los delitos especiales o peculado; si no que el legislador, quiere evitar que estas personas jurídicas o privadas queden sometidas a normas penales más benignas. Pero éste criterio del legislador de hacerlo extensivo pensamos que no tiene mayor sustento jurídico, si quería sancionar en forma más drástica lo que debía haber realizado es simplemente agravar los tipos penales, en que dichas personas jurídicas o privadas accionan, pero no extenderlo como sujeto pasivo del delito de peculado, ya que aquello es forzar la doctrina jurídica, y que no se encuadre en forma perfecta con la razón de ser de éste tipo de delitos.

---

<sup>119</sup> CARRERA P. Daniel, PECULADO de bienes y servicios públicos, editorial mediterránea, Cordova 2005, Pág. 100 -103.

## **2. D. E) Otro**

Nos referiremos al extraneus, como sujeto en los delitos especiales en específico el peculado; al respecto “la doctrina es coincidente en afirmar que el extraño nunca podrá ser autor en sentido estricto, pues si el texto legal habla de “funcionario público”; es claro que quien no lo es no podrá ser nunca abarcado por el tipo especial de peculado.

Nosotros entendemos que en el delito de peculado en sentido estricto, es decir, aquellos en los cuales el círculo de autores está determinado por ley, en virtud de que la conducta conlleva necesariamente la infracción de un deber jurídico específico, la autoría del extraneus es imposible en cualquier forma; mientras que su participación es posible en tanto el autor sea sujeto calificado por la ley. Ello es así porque la calidad de autor es un elemento del tipo objetivo sin el cual la conducta sería atípica.

En los delitos especiales en sentido amplio, esto es, aquellos que pueden ser cometidos por cualquier persona pero que si son realizados por determinada categoría de autores se castigan más severamente, rigen las reglas generales de la autoría y la participación, que el tipo básico admite a cualquier persona como autora.

Hay delitos como el falso testimonio y el motín de presos, que están reglados de tal modo que sólo pueden ser autores quienes estén en condiciones de llevar a cabo, por sí e inmediatamente, la acción prohibida, que son los llamados delitos por propia mano. “Existen acciones punibles”, dice Binding, “que sólo pueden ser cometidas por el autor por propia mano, en las cuales, por consiguiente, está excluida la utilización como instrumento tanto de inimputables como de imputables. Este hecho es tenido en cuenta insuficientemente por la teoría y por la legislación. El Juez que quiera prevaricar ha de dictar él mismo la sentencia, el desertor ha de huir con sus propias piernas...”

(...) En estos delitos, no es posible que sea autor en sentido estricto el autor mediato: es que el tipo legal siempre referencia a una actividad bien concreta, y quien no la realiza directamente no podrá ser nunca “el que” a quien se refiere el precepto. La consecuencia inmediata es que los terceros que no participan de ese círculo sólo pueden

ser cómplices o inductores del autor principal, ya que cooperan en una acción de otro, pero de ninguna manera coautores o autores mediatos.”<sup>120</sup>

En conclusión de lo expuesto a lo largo de todo éste numeral tenemos claro de que para nuestro entender en el delito de peculado, es indispensable que el sujeto activo tenga la calidad de funcionario público desde una visión del derecho penal y no del derecho administrativo.

### **3.- EL SUJETO PASIVO, LA ADMINISTRACION PÚBLICA O EL ESTADO.-**

Uno de los temas importantes dentro del delito de peculado es el sujeto pasivo, y de acuerdo con nuestro artículo 257 del Código Penal<sup>121</sup>, se consideran sujetos pasivos a las siguientes:

1. Los organismos y entidades del sector público.
2. Las personas encargada de un servicio público.
3. Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.
4. Bancos estatales y privados.
5. Contraloría General.
6. Superintendencia de Bancos.
7. Las instituciones del sistema financiero nacional privado.
8. Dirección General de Rentas y de aduanas.

En el proyecto en su art. 267 del Código Orgánico Integral Penal<sup>122</sup>, realizado por el Presidente de la República, se tiene por el contrario y se aprecia que solo habla de:

- a) Instituciones del Estado.
- b) Entidades del Sector Público.
- c) Bienes del sector público, aquí se hace evidente una aclaración, *en primer lugar*, es obvio que los bienes no son institución o entidad del sector público; lo que

---

<sup>120</sup> Ídem (106), Pág. 84.

<sup>121</sup> Ídem (15).

<sup>122</sup> Ídem (43).

ocurre nosotros lo consideramos por la mala redacción, ya que, *en segundo lugar*, al tipificar la norma citada enumera instituciones y termina con los bienes del sector público, dando la posibilidad de que dichos bienes se encuentren en manos de terceras personas no necesariamente personas del sector público, es decir, pueden estar en manos privadas los bienes público y si se los abusa o utiliza, habría peculado, aspecto que no lo consideramos adecuado, pues, si un particular abusa de bienes públicos, estará dentro de uno de los delitos contra la propiedad que contempla nuestra ley, entre ellos, los de defraudación, esto lo analizaremos mejor cuando se vea el objeto material del delito.

Vamos a analizar la normativa legal, como se aprecia en cuanto a la forma que esta concebido en la normativa legal vigente, tenemos que se enumera a ocho sujetos pasivos, y que pensamos están abarcados en los dos primeros numerales, con excepción de los bancos privados y del sistema financiero nacional privado, los demás están inmersos dentro de los dos primeros, que incluso debería ser redactados de mejor manera, pues pienso que bastaría con decir los funcionarios del sector público, en razón de que así lo considera el art. 225 de nuestra Constitución<sup>123</sup>, en donde se establece a quienes se los considera sector público y de acuerdo a su enumeración cubre, pensamos, a todo las entidades o personas del sector público de nuestro país, con ello, abarcaríamos de mejor manera a todos los sujetos pasivos en el delito de peculado, sin que haya mayor duda por cuanto incluso para entender que instituciones comprende el sector público, nos bastará acudir a la Constitución.

Pensamos adecuado acudir a lo que la Constitución considera como sector público, por la pésima forma que está redactado nuestra norma penal. Sin embargo, creemos que nuestro Código penal debería concebir al sujeto pasivo del peculado de una manera

---

<sup>123</sup> **Constitución.-Art. 225.-** El **sector público** comprende:

1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.
2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.
3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.

clara, sencilla y precisa, de tal manera de no caer en una enumeración imprecisa, vaga y que lleve a la confusión, pensamos que la concepción del sujeto pasivo no debe ir tomada de una manera irrestricta del derecho administrativo, sino de una concepción propia jurídico penal, en este sentido creemos que debe concebirse como sujeto pasivo, al sector público, y con ello abarcaremos a todo tipo de personas jurídica u órgano del sector público, pues como sabemos un elemento importante del tipo penal, es que el sujeto pasivo sea del sector, porque de cometerse el delito en un sujeto pasivo que no sea del sector público se está ante un delito común.

#### **4.- LOS DINEROS Y BIENES DEBEN SER PÚBLICOS.-**

Abordaremos este tema analizando tres grandes aspectos, a saber *en primer lugar* que debemos considerar objeto material de delito, *en segundo lugar*, un análisis del objeto material del delito en el peculado; y, *en tercer lugar*, la problemática que encierra,

**4.1.- DEFINICIÓN DE OBJETO MATERIAL.-** “Se conoce como el objeto material de un delito a la persona o cosa sobre la que recae la acción que realiza el sujeto activo, es por ello que pueden ser personas, animales y cosas. Se debe dejar en claro que dicho elemento del tipo objetivo, no se da en todos los delitos, pues no lo vemos en los delitos de simple actividad como el falso testimonio, ni tampoco lo vemos en los delitos de omisión simple, como es el caso de la omisión de denuncia. En otros casos se confunde el objeto material del delito con el sujeto pasivo del mismo como es el caso del delito de homicidio; y no debe confundirse con el o los instrumentos del delito, ya que éstos son aquellas cosas u objetos con los cuales el sujeto activo realiza el delito, como puede ser una arma blanca para cometer el delito de lesiona o de homicidio.

De igual manera no se debe confundir el objeto material de un delito, con el objeto protegido o bien jurídico protegido, sabiendo que este último es el bien o valor destinatario de la protección legal<sup>124</sup>, lo que la norma busca cuidar de posibles

---

<sup>124</sup> En palabras de Maurach el bien jurídico no equivale al concreto objeto corporal del ataque o la acción, sino constituye un concepto general de referencia, cual es el interés jurídico reconocido en un bien determinado en cuanto tal, en su forma de expresión general. Por otro lado, el concepto de bien jurídico no puede concebirse prescindiendo de la consideración de su titular; una generalización semejante equivaldría a un completo vaciamiento del concepto de bien jurídico. En tal caso, el lugar de interés en la

agresiones, así por ejemplo en el delito de robo el bien jurídico protegido es la propiedad, en tanto el objeto material de delito, es aquello sobre lo cual recae la acción del sujeto activo, esto es la cosa que se robó, en tanto que en el delito de peculado el bien jurídico protegido se dice por ciertos juristas que es la administración pública, lo cual es considerado desde un punto de vista genérico o amplio, puesto que de una manera más específica se considera a la fidelidad u honestidad de los funcionarios públicos el bien jurídico protegido en el peculado<sup>125</sup>, pues el legislador a través de la ley penal busca precautelarse la funcionalidad de la administración pública vinculada a sus funcionarios, lo que implica que de por medio estén implícitos los objetivos y fines del Estado; en tanto que el objeto material, tema del presente trabajo representan básicamente los bienes públicos<sup>126, 127</sup>.

#### **4.2.- Análisis del objeto material en el delito de peculado.-**

De acuerdo con nuestro Código Penal se considera al objeto material del delito, en el artículo 257, lo siguiente **Art. 257.-** *Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda*

---

protección del bien debería ser ocupado por el difuso interés en la subsistencia del orden establecido por la colectividad; el concepto de bien jurídico se diluiría en el concepto genérico del ordenamiento jurídico, pero al mismo tiempo perdería su trascendental rol en la interpretación de la norma y el tipo, así como en el juicio de antijuridicidad en casos de colisión y renuncia. MAURACH, Reinhart, Derecho Penal, parte general, editorial Astrea, Buenos Aires – Argentina, 1994, pág. 339.

<sup>125</sup>Cerezo Mir ha sostenido que “los preceptos del Derecho Penal que regulan los delitos de los funcionarios públicos tienen como fin, lo mismo que en el Derecho disciplinario, el mantener a los funcionarios públicos en la observancia de sus deberes, y el contribuir a la mejor organización del servicio público” (...) El objeto de protección es la regularidad y eficiencia de la función pública, entendida en un sentido amplio. No habría discusión en sostener que se protege la función pública, entendida como el regular, ordenado y legal desenvolvimiento de las funciones de los tres órganos del Estado, tal como se explicó, pero con la idea de que no sólo se refiere a la función específica de los poderes del estado, sino además a la típica función administrativa de todos ellos. Se pretende asegurar la conducta de los funcionarios públicos, quienes con la inobservancia de los deberes a su cargo obstaculizan esa regularidad funcional, dañando no sólo a la función en sí, sino a los particulares. De modo que el bien jurídico es la preservación de la función pública, frente a los ataques que provienen, tanto de la propia organización burocrática del estado y de sus miembros, como de los particulares. DONNA, Edgardo A., Derecho Penal Parte General, tomo I, Rubinzal Culzoni, 2006, pág. 13 y 15

<sup>126</sup> [http://enj.org/portal/biblioteca/penal/teoria\\_delito/39.pdf](http://enj.org/portal/biblioteca/penal/teoria_delito/39.pdf); página consultada el 1 de junio de 2009, a las 16h00

<sup>127</sup> Maldonado López Sandra, Objeto Material del Delito de Peculado, trabajo realizado en la Maestría de Derecho Penal, Modulo Penal Especial, Universidad del Azuay, año 2009.

*persona encargada de un servicio público, que, en beneficio propio o de terceros, hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo, ya consista el abuso en desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante. La pena será de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años si la infracción se refiere a fondos destinados a la defensa nacional. (...) Están comprendidos en esta disposición los servidores que manejen fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los bancos estatales y privados. Igualmente están comprendidos los servidores de la Contraloría General y de la Superintendencia de Bancos que hubieren intervenido en fiscalizaciones, auditorías o exámenes especiales anteriores, siempre que los informes emitidos implicaren complicidad o encubrimiento en el delito que se pesquisa. (...)*

Se aclara que lo resaltado corresponde al objeto material de los delitos que se contienen en los mismos; en segundo lugar, como se manifestó al inicio de éste punto el objeto material es la persona o cosa sobre la cual recae la acción material del delito, es decir, la acción que ejecuta el sujeto activo del ilícito; y de la transcripción del artículo 257 del código penal, se establece que las cosas sobre la cual recae la acción del sujeto activo son dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo. Para abordar de mejor manera creemos que debemos analizar cuatro aspectos como son: el objeto como tal, si el mismo debe pertenecer al sector público, la necesidad de poseer o tener el dominio de los bienes; y por último, si el objeto es privado, pero están a cargo del sector publico

#### **4.2.1 Objeto del delito.**

“Partamos de las palabras de Reinaldo Calvache Ruíz, con quien comparto en este aspecto, es irrelevante “para efectos del juzgamiento de este delito, el que se determine la legalidad o legitimidad acerca del origen de los dineros o bienes, basta que quien se repute como propietario, poseedor o tenedor haya determinado su vinculación jurídica con aquellos bienes en el momento en que ellos ingresaron al poder del funcionario

público. Si hubiese una controversia sobre la licitud de su origen o la disputa sobre la titularidad de dominio, ésta deberá ventilarse en otro proceso ya sea penal o no”<sup>128</sup>.

“El objeto material de peculado propio o de apropiación como se lo llama en la doctrina, de acuerdo al tipo ecuatoriano como se dijo, es:

*Dineros públicos o privados*, se debe entender por dinero “medio de cambio y medida de valor en el pago de bienes y /o servicios, o como descargo de deudas y obligaciones. Por su aspecto externo puede ser moneda cuando es de metal, o billete cuando es de papel. Tiene cuatro funciones: como instrumento de cambio, como medida de valor, como instrumento de capitalización y de movilización de valor, y como instrumento de liberación de deudas y obligaciones”<sup>129</sup>, el dinero cumple la función de equivalente general, es decir que por medio de dinero se puede intercambiar cualquier tipo de bien o servicio, en razón de que mide el valor de todos ellos, y se lo considera como tal a las monedas, billetes y depósitos a la vista en instituciones financieras.

*Piezas*, del celta \*pëttia, pedazo, que significa pedazo o parte de una cosa; cada una de las partes que suelen componer un artefacto o un objeto<sup>130</sup>; *títulos*, se lo considera como un documento en el cual se establecen derechos u obligaciones; en base de lo que se entiende como título, y para efectos del delito de peculado por apropiación, considero que *títulos* y *documentos*, son sinónimos, pues los documentos a los que hace relación el artículo 257 del Código Penal, deben ser documentos que tengan un contenido económico, esto es que representen un derecho o una obligación; y, *bienes muebles o inmuebles*, de acuerdo a lo que regula el Código Civil ecuatoriano, los bienes muebles como inmuebles conforman la división de las cosas corporales; siendo los *muebles* los que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí mismas, como los animales (que por eso se llaman semovientes), sea que sólo se mueven por una fuerza externa, como las cosas inanimadas<sup>131</sup>; en tanto que los *inmuebles*, fincas o bienes raíces

---

<sup>128</sup> Artículo “Del Peculado Bancario”

<sup>129</sup> <http://www.definicion.org/dinero>, página consultada el 01 de Julio de 2009, a las 8h30

<sup>130</sup> [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=pieza](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=pieza), página consultada el 10 de Julio de 2009, a las 10h30

<sup>131</sup> Artículo 585 del Código Civil ecuatoriano

son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro, como las tierras y minas, y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios y los árboles<sup>132</sup>

Con respecto a la enumeración que se hace, de lo que constituye el objeto material del delito de peculado en el artículo 257, comparto el criterio emitido por Luis Cueva Carrión, quien dice: “toda esta larga enumeración de los bienes que constituyen el objeto del delito de peculado puede ser reemplazada por la expresión “recursos públicos” que consta en el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado: esta norma dice, en forma textual: “para efectos de esta Ley se entenderán por recursos públicos, todos los bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título, realicen a favor del Estado o de sus instituciones, personas naturales o jurídicas u organismos nacionales o internacionales. Los recursos públicos no pierden su calidad de tales al ser administrados por corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, compañías mercantiles y otras entidades de derecho privado, cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución, hasta tanto los títulos, acciones, participaciones o derechos que representen ese patrimonio, sean transferidos a personas naturales o personas jurídicas de derecho privado, de conformidad con la ley””<sup>133</sup>, a fin de evitar que queden en la impunidad o se de argumentos para eliminar determinado actuar sobre algún bien para justificar que no se incurre en el delito de peculado, en el presente caso, considero que se debería generalizar y por ello establecer como el objeto material lo relativo a recursos o bienes públicos, por lo menos en lo que tiene que ver con el peculado de apropiación.

Cabe destacar que a fin de que se configure el delito de peculado, es necesario que los objetos materiales del mismo, que han sido enumerados, se encuentren en poder del funcionario público –sujeto activo- en virtud o razón de su cargo”<sup>134</sup>. Por cuanto, “el peculado, como delito de función, reclama forzosamente un abuso funcional del autor

---

<sup>132</sup> Artículo 586 del Código Civil ecuatoriano

<sup>133</sup> Ídem (56), Página 240

<sup>134</sup> Ídem (56), Pág. 243.

respecto del bien. Él se distingue de otras delincuencias en que, precisamente, su existencia se da en razón de las funciones y no meramente en ocasión de ellas. Los muebles y útiles de oficina no son confiados a la administración o guarda del funcionario que los utiliza. Se entregan para el desarrollo de sus labores, con lo que la delincuencia que de su parte recaiga sobre ellos, no es ejercicio abusivo funcional. En efecto, el funcionario que los emplea no tiene como función la administración o custodia de esos muebles o útiles; por tanto, si atenta contra ellos, estaremos frente a una delincuencia acaecida en ocasión del ejercicio de funciones. En resumen, los muebles y útiles de oficina solo integran el objeto material del peculado cuando han sido confiados a la guarda o administración de un funcionario”<sup>135</sup>. En nuestro país, a los funcionarios, en su mayoría les son confiados los bienes muebles para su labor mediante actas entrega recepción, es decir, es objeto material del delito.

Ahora bien, no hay que perder la óptica de que los bienes muebles o útiles encargados para su labor, son unos de los objetos material del delito, pues, también están lo referidos líneas anteriores como son dinero, pieza u otros.

#### **4.2.2 Los bienes deben pertenecer al Sector público.**

Con respecto al criterio de que los bienes deben ser públicos me permito citar al profesor Muñoz Conde que ha manifestado “El carácter público se determina por la pertenencia de los bienes a la Administración Pública; pudiendo decirse que tal pertenencia comienza desde el momento en que existe un derecho expectante de la Administración a la entrega de los caudales, aunque aún no hayan ingresado formalmente en las arcas de la entidad. Basta tan sólo con la percepción por parte de los funcionarios de los caudales destinados a la Administración para que estos adquieran ya la categoría de públicos”<sup>136</sup>

---

<sup>135</sup>Ídem (119), Pág. 107.

<sup>136</sup> Ídem (56), Página 243, En palabras de Ferreria “es todo aquello que constituye patrimonio o renta o capital a cargo del Estado, sea porque le pertenece o porque la ley le encomendó su administración” (FERREIRA, Francisco José, Derecho Penal Especial, tomo II, Editorial Temis, Bogotá – Colombia, 2006, pág. 301)

“Al respecto de la pertenencia de los bienes al sector público se han dado seis doctrinas que son:

*a) Doctrina que encuentra la razón determinante del peculado en la sola responsabilidad del Estado.* Así si se trata de un depósito por el cual el erario fuese responsable, la defraudación no sería a los intereses particulares, sino a los intereses públicos. Se crítica a esta doctrina señalando de que se generaliza, pues, implica asignar el carácter de público a aquellos que legalmente no lo tienen avanzando más allá de la equiparación limitativa.

*b) Doctrina que considera suficiente que los bienes se hayan confiado al funcionario o la administración.* Para ésta, basta que los bienes hayan sido confiados al funcionario por la administración o por los particulares a ésta, se sostiene esto, porque la esencia de la delincuencia reposa, actualmente, en el quebrantamiento de un deber funcional y no en el carácter de los bienes.

*c) Doctrina que atiende a que en determinadas circunstancias los bienes privados equivalen a los públicos.* Para ésta, el funcionario comete delito no sólo sustrayendo caudales o efectos de propiedad fiscal, sino también de propiedad particular, siempre que los administre o reciba en custodia en razón de su cargo. Para la ley es lo mismo que lo sustraiga al Estado o que sustraiga dinero que el Estado tiene en su orden depositado por los particulares. Así la sustracción que hiciera el empleado de esos fondos en garantía equivale, en ese caso, a la sustracción de fondos públicos. Se crítica en el sentido de que la ley penal no admite otras equiparaciones o equivalencias de bienes privados a los públicos que por lo general así lo regulan las leyes.

*d) Doctrina que atiende a la pertenencia de los bienes a la administración pública.* Dominante la teoría señala que los bienes deben pertenecer a la administración pública. Efectivamente surge la pertenencia se la toma como sinónimo de propiedad, restringiendo entonces su concepto, o se lo extiende dando cabida a bienes de los que sólo es responsable patrimonialmente la administración, adaptándose de tal manera, aunque no se lo exprese, la doctrina expuesta.

*e) Doctrina que excluye el peculado cuando la pertenencia de los bienes corresponde a algún ente de la administración con personalidad jurídica propia.* Esta doctrina es de antigua data. Todo lo cual explica que válidamente se puede concluir, como lo hemos hecho, que toda actividad que tenga por efecto una declaración de voluntad de los entes autárquicos administrativos en función pública. Y, consecuentemente, que se reconozca también la calidad de público, a los bienes afectados a los servicios que presta. Esto es suficiente para declarar el peculado en tales casos. Nos afianzamos en esa conclusión porque advertimos además que la que no la admite entra en un casuismo jurídico.

¿Cómo puede negarse el peculado cuando al servicio público lo cumpla el Estado por sí, en vez por un órgano descentralizado, con autarquía? Allí no cabe la teoría de la personalidad distinta, que sólo puede negarlo cuando el servicio se realice a través de un órgano autárquico. Tal es el caso que en la aplicación practica hemos encontrado con relación a lo que ese entonces constituía yacimientos petrolíferos fiscales.

*f) Doctrina del riesgo que excluye el peculado cuando la pertenencia de los bienes corresponde a determinados entes autárquicos de la Administración.* Esta doctrina, que la llamaremos del riesgo, se encuentra desarrollada por su autor el doctor Sebastián Soler.

La argumentación que fundamenta la doctrina se puede expresa así: 1) No basta un “interés pecuniario del Estado” para considerar públicos a los bienes. 2) No se puede extender el concepto de bien público más allá de la enumeración limitativa que tienen las normas legales. 3) “Salvo los casos expresamente establecidos, fondos públicos son del fisco nacional, provincial o municipal, en cuanto no están afectados a empresas de tipo comercial, como ocurre con ciertas instituciones autárquicas”. Ello porque, en la actividad comercial, los fondos corren riesgos y, conforme a la doctrina roma del riesgo, cuanto ello ocurría los fondos dejaban de ser públicos”<sup>137</sup>.

Luego de las varias teorías expuestas, creemos que el objeto material del delito debe ser necesariamente y pertenecer al sector público, que en el caso de nuestra legislación son

---

<sup>137</sup> Ídem (119), Pág. 109-126.

los determinados en el art. 225 de nuestra Constitución<sup>138</sup> y que lo analizamos en el numeral tres de éste capítulo, es decir, deben ser tanto los de administración central como los de la administración seccional, así como de las empresas públicas, estas últimas fueron creadas recientemente mediante la Ley orgánica de las empresas públicas, disposición transitoria segunda, a las que se les transfirió todo el patrimonio de las compañías anónimas públicas y del estado a las empresas públicas. Como vemos, definitivamente el objeto material debe pertenecer al sector público.

#### **4.2.3 La necesidad de poseer o tener el dominio de los bienes.**

Cuando examinados el numeral 4.2.1, establecimos que los bienes deben estar en poder del funcionario, para poder pecular, es decir, deben encontrarse posesionando dichos bienes o teniendo el control de los mismos para poder ser considerado como objeto material del delito, y por ende, estar incurso en el tipo.

El problema surge cuando se tiene el dominio pero no se está en posesión del objeto material, así por ejemplo: un funcionario de un banco público que sea el oficial de cuentas o de crédito, el no está en posesión del dinero de su cliente, pues, el dinero está bajo el cuidado y posesión del jefe de bóveda, sin embargo, el funcionario oficial de cuenta o crédito, puede disponer del dinero del cliente, si él abusa, conforme el verbo del tipo penal, evidentemente comete el delito de peculado, sabiendo que no posee el bien pero domina el mismo.

En conclusión para cometer el delito se requiere poseer o dominar el bien objeto material del delito; ya que si no se encuentra bajo su control, dominio o responsabilidad no comete delito alguno, responderá quien tenga esas condiciones.

#### **4.2.4 Si el objeto es privado, pero están a cargo del sector público.**

Ya nos referimos, en el numeral 4.2.1 literal c, y nos nade la inquietud en cuanto los bienes que son encargados a los funcionarios públicos, por su función, aquí hay dos posibilidades, la una de bienes fungibles (billetes), que una vez que la parte privada los

---

<sup>138</sup> Ídem (123).

entrega, se confunde con los del sector público, en ese caso creemos que si es objeto material de delito, porque se confunde con los públicos. La segunda, que sean bienes no fungibles entregados al sector público, en donde tenemos, que los bienes seguirán siendo privados, que por un situación jurídica pasen al sector público no implica que sean públicos, sin embargo que por la ficción jurídica de estar bajo su cuidado debemos asimilarlos como públicos, por ende, serían objeto material de este delito.

En conclusión son objeto material del delito, los que pertenezcan al sector público o por determinadas circunstancias, se les asimile como públicos.

### CAPITULO III

#### TIPO PENAL DEL PECULADO DE LOS BANCOS PRIVADOS

##### 1.- ELEMENTOS DEL TIPO.-

A pesar de ser el mismo delito, sin embargo hay variación en el bien jurídico protegido, en el sujeto activo, pasivo y en el objeto material del delito; pero no vamos a entrar de nuevo en el análisis del verbo, por cuanto, creemos que el mismo se mantiene y no sufre ninguna influencia o cambio por ser peculado de banco privado.

Comenzaremos el análisis por el primero de los mencionados, esto es, el *bien jurídico* que conforme lo destacamos en el capítulo anterior, consiste entre otras cosas en: la fidelidad, el patrimonio y; y en consecuencia el peculado de bancos privados nos merece el siguiente análisis.

La fidelidad, en sector privado es diferente de la del sector público, pues en la primera, la fidelidad, va ligado mucho con la confidencialidad de la información, con la propiedad intelectual, con el no hacer competencia a su empleador, el no traicionar la confianza puesto por el empleador privado en el sujeto activo (su trabajador). En tanto que en el sector público, que es el poder estatal, en sus tres funciones clásicas (en nuestro país cinco, que es una tontería como lo referimos); en donde la fidelidad, esta referida a no ir en contra, a no traicionar esa potestad conferida al funcionario público, es decir, no solamente es la traición a la confianza sino ese plus, en la que va envuelta una función pública, esto es de que el funcionario tiene la potestad del Estado, pudiendo decir que representa al Estado dentro del ámbito de su función, en tanto que, en el sector privado definitivamente el puesto de empleo, no tiene la representación del empleador, excepto los casos puntualmente determinados como administradores o gerentes.

El patrimonio, lo analizaremos más adelante en forma detenida, sin embargo partiremos de que se requiere de patrimonio del sector público para que se de el peculado; en el caso de los bancos privados, el patrimonio es privado, a pesar, de que como lo veremos se quiere decir, que el dinero de los clientes del banco privado, por ser en gran número, se convierte en público al ingresar al patrimonio de banco, y por ende, al hacerse

patrimonio público, cabe perfectamente el peculado, discrepamos con dicha posición, pues, se parte de un premisa falsa, asimilar que el dinero de clientes del banco por ser en gran número y que el estado debe velar por el control, para que la banca privada no perjudique al público, no hace que dicho dinero se convierta o se haga público. En consecuencia no tenemos éste elemento del bien jurídico protegido.

Nos toca el análisis del último elemento del bien jurídico, es decir, el cumplir la normativa para un buen desempeño del cargo, al respecto vemos que es uno de los pocos elementos que cumple el peculado en banco privado, pues, el trabajador o empleado privado debe cumplir la normativa legal con la intensidad, cuidado y esmero apropiados, en la forma, tiempo y lugar convenidos así lo exige nuestro Código Labora<sup>139</sup>; es evidente, que esto si lo cumple de lo contrario será objeto para darle por terminada la relación laboral.

Ahora bien, de los elementos que consideramos forma parte de la categoría bien jurídico protegido, vemos que no tiene dos de los tres señalados, en consecuencia, el bien jurídico protegido del peculado general no se encasilla en el peculado bancario privado, o mejor expresado, el bien jurídico del peculado bancario privado no se en casilla en el peculado general. Creemos que el peculado bancario privado, “esta modalidad no pueden considerarse como delito contra la administración pública, sino como delitos financieros, no solo por la distinta calidad de los sujetos activos (como lo analizaremos más adelante), sino fundamentalmente por la naturaleza del bien jurídico lesionado, el orden económico, pero además por las características especiales que tiene en este caso el abuso cometido (...) dentro del peculado es un cuerpo extraño”<sup>140</sup>, el delito de peculado bancario privado.

## **2.- LA CALIDAD DE EMPLEADO PRIVADO DEL SUJETO ACTIVO.-**

“Las reformas de 1941 incluyeron, en el segundo inciso del artículo correspondiente, ahora el 257, como nuevos sujetos activos de la infracción a los empleados de los

---

<sup>139</sup> Art. 45.- Obligaciones del trabajador.- Son obligaciones del trabajador: (...) a) Ejecutar el trabajo en los términos del contrato, con la intensidad, cuidado y esmero apropiados, en la forma, tiempo y lugar convenidos;

<sup>140</sup> Ídem (37).

bancos comerciales, inclusión que en 1977 se modificó con la expresión “servidores” de bancos privados. Tales calificaciones han originado el que se hable, con muy poca propiedad, de un “peculado bancario”, que se amplió todavía más con las reformas de 1999, luego de una crisis bancaria de ese año, cuando se incluyó como sujetos activos a los funcionarios, administradores, ejecutivos, empleados de todas las instituciones del sistema financiero privado, así como a los miembros o vocales de los directorios o consejos de administración de tales instituciones. También la misma reforma agregó un nuevo artículo (257-A), que sanciona la concesión u obtención dolosa de créditos vinculados”<sup>141</sup>. Se incorporaron otros artículos en nuestro código, con elementos del tipo diferentes al peculado, pero ociosamente nuestros jueces, en sus resoluciones han comenzado a considerarlo como variantes del peculado, lo cual no es correcto.

“En todo caso, estas modalidades no pueden considerarse como delitos contra la administración pública, sino como delitos financieros. Y no solo por la distinta calidad de los sujetos activos, sino fundamentalmente por la naturaleza del bien jurídico lesionado; el orden económico; pero además por las características especiales que tiene en este caso el abuso cometido”<sup>142</sup>.

Por otro lado en nuestro país, el empleado privado esta regulado por el Código del Trabajo, al que se le conoce como Trabajador; sin embargo, nuestra ley laboral sigue manteniendo absurdamente, la división clásica y superada de empleado y obrero, que se diferencian porque supuestamente, el primero realiza un trabajo más intelectual que el obrero; además, la paga o remuneración en el primero se denomina sueldo, en tanto que en el segundo se llama jornal. Así el Código de Trabajo nos dice en su *Art. 9.- Concepto de trabajador.- La persona que se obliga a la prestación del servicio o a la ejecución de la obra se denomina trabajador y puede ser empleado u obrero*. En consecuencia el empleado privado de un banco, es un trabajador que va a estar protegido por la ley laboral, es decir, no tiene ninguna condición especial este empleado bancario o trabajador, del resto y común masa laboral del país, obviamente con las diferencias propias de su trabajo con el de otras áreas o actividades; sin que tenga

---

<sup>141</sup> Ídem (37)

<sup>142</sup> Ídem (37).

condición especial alguna o potestad o atribuciones extraordinarios, es decir, es un empleado igual de común que de cualquier otra área.

Con este preámbulo, veamos al empleado bancario como sujeto activo del delito de peculado, tenemos que al no tener una condición especial, lo ubica exactamente contrario al funcionario público, pues así tenemos que.

- Al primero le regula el Código de Trabajo, al segundo la Ley Orgánica del Servicio Público.
- Al primero se le concede principios laborales tales como la irrenunciabilidad, el indubio pro trabajador; al segundo se tiene la calidad, calidez, competitividad, continuidad, descentralización, desconcentración, eficacia, eficiencia, equidad, igualdad, jerarquía, lealtad, oportunidad, participación, racionalidad, responsabilidad, solidaridad, transparencia, unicidad y universalidad que promuevan la interculturalidad, igualdad y la no discriminación
- El primero ingresa mediante proceso de selección de personal, lo cuales muchas veces dependen de la política de la empresa o patrono. Los segundos tiene procesos de ingreso mediante concurso de oposición y méritos.
- El primero firma contrato de trabajo, al segundo se le emite el nombramiento luego del concurso.
- El trámite para dar por terminado la relación de trabajo en el primero es mediante un proceso laboral denominado visto bueno; en el segundo, hay que seguir un proceso en sede administrativa, llamado sumario administrativo.
- Los ascensos y remuneraciones, se sujetan en el primero a la libre competencia y las políticas de cada banco, en el segundo, a la normativa dada para los funcionarios públicos.

Como vemos podemos seguir enumerando un gran número de diferencias entre los funcionarios públicos y los empleados bancarios. Sin embargo la característica central es como señalábamos el tener la potestad estatal, “(Del lat. *potestas*, *-ātis*), es decir, dominio, poder, jurisdicción o facultad que se tiene sobre algo”<sup>143</sup>; y que se deriva de la

---

<sup>143</sup> Microsoft® Encarta® 2009. © 1993-2008 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

Ley, y que el empleado bancario no lo tiene, entonces la naturaleza jurídica esencial, por la cual nace el tipo penal de peculado es precisamente, para proteger la potestad de la que esta investida la función que desempeña el funcionario, y como hemos dicho no la posee el empleado público, es decir, en consecuencia el empleado bancario, no reúne las cualidades ni condiciones, ni su labor esta investida de ninguna jurisdicción, poder o como hemos dicho potestad, para ser considerado sujeto activo del peculado.

Tratadistas ecuatorianos a fin de justificar el peculado de bancos privados se han referido a criterio tales como que hay delitos “cometidos por particulares y delitos cometidos por funcionarios públicos. Y aquí hay una primera imprecisión pues ambos grupos no pueden separarse limpiamente en función de si es o no funcionario público el ejecutor del delito. En un delito cometido por particulares también puede ser autor un funcionario público (p- ej. La usurpación de funciones realizadas por un funcionario público que ejerce funciones que no le corresponde). Y también puede ser autor de un <<delito cometido por funcionarios públicos>> un particular (p. ej. En el cohecho activo o en el trafico de influencias). Entonces, dentro de cada grupo se prevén figuras que, mayormente, son cometidas por administradores o, mayormente, son cometidas por funcionarios públicos”<sup>144</sup>. No compartimos lo expresado, pues los tipos penales que permiten ser realizados por particulares, es porque su estructura así lo permite. Pero otros no lo permiten como el prevaricato, pues es imposible que un particular prevarique, ya que se requiere como condición ser Juez.

Por otro lado, en la doctrina ecuatoriana se expresa que el sujeto activo del peculado bancario es excluyente, en virtud de que el art. 257 del código Penal, “se deduce la exclusión porque no corresponde a todos los servidores, puesto que la norma solamente engloba a quienes perteneciendo a estas instituciones “manejan fondos”.

A contrario sensu. Si los servidores de dichas dos instituciones que no manejan fondos, se los sustrajeren, no cometen el delito de peculado porque no existe la relación necesaria puesto que, los fondos, nunca estuvieron en su poder”<sup>145</sup>.

---

<sup>144</sup>ZAMBRANO Pasquel Alfonso, Delincuencia Organizada Transnacional, doctrina penal Constitucional y Practica Penal, Edt. Edilex S.A., 2011, Pág. 253 – 254-

<sup>145</sup> Ídem (56) Tomo II, Pág. 137.

Tampoco estamos de acuerdo, con éste análisis parte de la premisa y da por cierto, de que como el legislador estableció el peculado en los bancos privados, ya es correcto y eso no es así el legislador, puede hacerlo, como lo hizo, pero ello no quiere decir que desde la técnica jurídico penal, eso este bien. No se realiza un análisis adecuado, si corresponde al tipo penal de peculado, el incorporar a la banca privada como se lo hizo al peculado, se puede desprender fácilmente que no se realizo examen jurídico penal, en razón de que no encuadra con respecto al bien jurídico protegido, ni al sujeto; por ende, es evidente, que prima la necesidad de regular por cuestión social como lo demostraremos pero no porque realmente era lo correcto regular.

En el proyecto que en estos días se discute en al asamblea de nuestro país, no se ha cambiado el criterio, y se mantiene el peculado bancario privado, cuando debería ir como lo que es un delito de índole financiero.

En la práctica jurídica, vemos que con éste tipo penal de peculado bancario, sea comenzado a sancionar a una gran cantidad de empleados bancarios como cajeros, jefe de cajas, jefe de bóveda, oficiales de crédito, gerentes, miembros de directorio y otros; quienes en primer lugar cuando cometen infracciones no consideran que han peculado, es lo último que lo consideran. Desde su inicio no tuvo un gran auge, hasta la parte final de la década del noventa e inicios de la década del dos mil, en donde la gran crisis económica financiera de los Bancos en nuestro país, dio lugar y origen a que surja un auge de éste tipo penal, y sobre todo en la última quinquenio se tiene un incremento, y es así como vemos que se inicia por lo menos un proceso semanal en nuestra ciudad, y muchas de la veces por patrimonios pequeños, por accionares no tan graves como los del peculado, por ello creemos que es urgente regular este tipo penal con tipo propio de los delitos financieros y con una pena acorde al mismo, lamentablemente en el nuevo código orgánico penal que la Asamblea esta legislando no hay el criterio de mejorar.

### **3.- EL SUJETO PASIVO, ES UN BANCO PRIVADO.-**

Los bancos privados de acuerdo con nuestra normativa<sup>146</sup> son compañías anónimas, cuyo capital es privado, y por ende mal podemos hablar de que pertenecen al sector público. Sin embargo, existe el criterio nada jurídico en nuestro país, de llamar a los depósitos que tienen los bancos privados como fondos públicos o bienes públicos, en virtud, de pertenecer a ese gran conglomerado de clientes de un banco, aspecto que incluso lo respalda nuestros medios de comunicación a pretexto de coger el famoso principio vox populi vox Dei., y esa así que nuestro pueblo a pretexto de verse resarcido por una mal actuar de un banco privado, que le perjudica, pide se devuelva sus dineros ya con dineros del banco privado que se encuentre en manos de otras personas públicas o privadas, produciéndose verdaderas incongruencias.

---

<sup>146</sup> **LEY GENERAL DE INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO**

**Capítulo I INSTITUCIONES DEL SISTEMA FINANCIERO PRIVADO NACIONAL**

**Art. 3.-** (Reformado por la Disposición Reformativa Tercera de la Ley s/n, R.O. 444, 10-V-2011).- La Superintendencia autorizará la constitución de las instituciones del sistema financiero privado. Estas instituciones se constituirán **bajo la forma de una compañía anónima**, salvo las asociaciones mutualistas de ahorro y crédito para la vivienda.

**Art. 4.-** La Superintendencia autorizará a las instituciones del sistema financiero privado, sujetas a esta ley, la adopción y registro de cualquier denominación que crean conveniente, con tal que no pertenezca a otra institución y que no se preste a confusiones. En su denominación las instituciones del sistema financiero harán constar su calidad de "banco" o "sociedad financiera" o "corporaciones de inversión y desarrollo".

**Art. 5.- Las acciones de las instituciones del sistema financiero privado** deberán ser nominativas. En el contrato social podrá estipularse que el capital se divide en varias clases de acciones, con derechos especiales para cada clase, sin que pueda excluirse a ningún accionista de la participación en las utilidades.

En el Estatuto Social se determinará el valor nominal de las acciones que podrá ser de cien o múltiplo de cien.

**Art. 6.-** Las instituciones del sistema financiero privado pueden constituirse en un solo acto, por convenio entre los que otorguen la escritura, o en forma sucesiva, por suscripción pública de acciones.

Al momento de constituirse deberá establecerse en el Estatuto Social el capital autorizado, hasta cuyo monto podrá la institución del sistema financiero privado aceptar suscripciones y emitir acciones. El capital suscrito, al tiempo de la constitución, no podrá ser menor del cincuenta por ciento (50%) del capital autorizado y por lo menos la mitad del capital suscrito deberá pagarse antes del inicio de las operaciones.

**Los aportes de capital** deberán pagarse totalmente en dinero efectivo, salvo que la Superintendencia autorice que se capitalicen obligaciones por compensación de créditos. La cuenta de integración de capital deberá acreditarse mediante el comprobante de depósito de la suma correspondiente en cualquier banco del sistema financiero del país. Este depósito se hará bajo una modalidad que devengue intereses.

Los suscriptores del capital deben comprometerse a entregar los aportes no pagados en dinero efectivo, en el plazo máximo de un año contado desde la fecha de suscripción, o en cualquier tiempo en el que sea necesario subsanar cualquier deficiencia de patrimonio técnico de la institución, ya sea en virtud de llamamiento que hagan los directores o bien por requerimientos de la Superintendencia.

Partamos de aquel principio de que “en derecho las cosas son lo que son, y no lo que las partes dicen que son”, esto es, que las cosas son como se la establecido en la ley, y no como uno quisiera que fueren; entonces considerar que los fondos de los bancos son públicos, por un pésimo actuar que tuvieron nuestros banqueros, entre 1997 y 2003, es tirar al tacho de la basura las categorías jurídica que determina cuales son los bienes públicos y porque. De ahí que no cabe considerar que los bienes del banco privado son públicos, por más inmensa y gran cantidad de clientes que tenga un banco.

Y como consecuencia, tampoco se puede asimilar, de que la banca privada es pública, en virtud de que los dineros del banco privado son públicos, porque pertenecen al público por inmensa cantidad de clientes que tiene el Banco. Como vemos se parte de un premisa falsa considera públicos los bienes de los bancos privados, lo cual es error, y por ende, la conclusión a la que se llega de que los bancos privados son públicos es falsa. En consecuencia, los bancos privados no son públicos.

Para ser sujeto pasivo el tipo penal de peculado exige que el sujeto pasivo sea el sector público, y como lo vemos la banca privada no lo es, por lo tanto, mal se puede hablar de peculado bancario, porque no habría un sujeto pasivo, es decir, no habría contra quien se dirige el actuar ilegal.

#### **4.- LOS DINEROS Y BIENES SON PRIVADOS.-**

Con respecto a los bienes y dineros del Banco privado nos nace un interrogante, de quien son los dineros y los bienes como tales, son los cuenta ahorrista, cuentacorrentistas, los clientes de la entidad bancaria, es decir, no se tiene claro, en el común de la gente.

Veamos los siguientes aspectos importantes:

- a) “Los depositantes de fondos en un banco a plazo de fijo, no son dueños de los fondos.
- b) El dinero de los clientes del banco pasa a ser de propiedad del banco.

- c) Cuando se hace depósito de dinero en un banco a plazo fijo permitiendo que se lo emplee, lo que en realidad se hace es un préstamo.
- d) Si se abusa de esos fondos no se comete delito de peculado contra ellos.
- e) Los depositantes de dinero de un banco no tienen la calidad de dueños de esos depósitos, ni pueden ser ofendidos por el abuso que se haga de los fondos del banco, ni aún en caso de sustracción.
- f) Únicamente puede proponer acusación particular “el ofendido”, sus parientes o representante legal indiscutiblemente no puede ser ofendido por el delito de abuso de fondos, quien no sea el dueño de los fondos abusados.
- g) El Abuso de los fondos del banco no puede ser acusado penalmente si no por el propio banco perjudicado o por el Ministerio Público por tratarse de un delito de acción penal pública”; y,
- h) Los clientes para la restitución de sus depósitos deben de proceder de “conformidad con la ley, a través de la acción civil pertinente”<sup>147</sup>.

Estos literales, son lógicos, el dinero depositado por ser bienes fungibles, y a plazo fijo o en cuentas del cliente, al ingresar a la bóveda del banco se confunden con el dinero del banco, y por ende pasa hacer propiedad del Banco, por ello compartimos de que no se puede hablar de haber cometido peculado. Incluso si se abusan de los dineros, quien debe iniciar las acciones penales, no es el cliente del banco, sino el banco contra su funcionario por un delito de sustracción o abuso, de aquellos que contempla los delitos contra la propiedad, o crear un nuevo tipo penal, que serían los delitos financieros, pero nada tiene que reclamar el cuenta ahorrista o cuentacorrentista o depositario a plazo fijo; quienes deberán pedir al banco la devolución del dinero, y si este devuelve no a pasado nada, entre el banco con su cliente; y si el banco no cubre el dinero con el cliente, aquí nace un delito diferente, pero entre el banco y el cliente que para nada tiene que ver con el peculado, pues sus elementos y requisitos son otros.

En estos días, se corrió un rumor respecto de una cooperativa (Juventud Ecuatoriana Progresista, JEP) grande del austro de nuestro país, sin embargo, que en las primeras horas hubo aglomeración y una gran corrida de fondos; sin embargo de ello, dicha Cooperativa tuvo la liquidez y cubrió a sus clientes, que pasaría si hubiera tenido abuso

---

<sup>147</sup> Ídem (56), Tomo II, Pág. 178.

de los dineros por parte de uno de sus empleados, diremos que nada, pues, la cooperativa cumplió con sus clientes, independiente de las acciones que tenga con su empleado.

Por otro lado, los bienes del banco, conforme lo expusimos en el numeral anterior, de acuerdo a la normativa legal, es un compañía anónima con capital privado, por ende, los bienes del banco le pertenecen.

Por otra parte “en el mismo artículo 257 transcrito y analizado en capítulos anteriores, en lo que tiene que ver con el objeto material del delito de peculado de apropiación o propio, tenemos que también se regula lo que se conoce como peculado bancario o peculado impropio, regulado en el inciso tercero y siguientes del mismo artículo, del cual se desprende que el objeto material del mismo son los *fondos*, lo que se refiere a caudales, dinero, papel moneda, capital, riqueza o al haber de dichas instituciones, el objeto material no es tan amplio como el que se presentó en el peculado general que ya fue analizado<sup>148</sup>. Es decir, por introducir el peculado bancario al tipo general, se le hizo participe de bienes que no son parte de los bancos privados, con lo que se demuestra, que no fue correcto el incorporar este supuesto peculado bancario al tipo general.

En conclusión tampoco por bienes o dinero, se asimila o se en casilla el peculado bancario al tipo penal de peculado.

---

<sup>148</sup> Sobre este tema el Dr. Jorge Zavala Baquerizo ha dicho: “En cuanto al objeto del peculado, es indudable que, en su sana estructura, sólo se refiere a los bienes de la Administración Pública (no olvidar que el bien jurídico protegido es la Administración indicada), y no a los bienes de los particulares. Sin embargo, la ley penal en su afán, de proteger en un momento determinado los dineros o efectos de los particulares, ha extendido la protección a los mismos; y es por ello que, desde el punto de vista objetivo, el peculado es propio en cuanto se refiere a los bienes de la Administración Pública en su sentido más lato, esto es, abarcando todas las funciones de la misma (legislativa, ejecutiva y judicial), y todos los órganos que la integran (fiscal, municipal): y es impropio desde el punto de vista objetivo cuando comprende a bienes que no son realmente de la Administración, pero que deben ser especialmente amparados por referirse a una gran mayoría de la comunidad. Tal es el caso de los Bancos privados; el Instituto de Seguridad Social, etc.”

## CAPITULO IV

### ANALISIS DE LOS DOS TIPOS DE PECULADOS

#### 1.- ANALISIS COMPARATIVO Y CRÍTICO DEL PECULADO Y EL PECULADO DE LOS BANCOS PRIVADOS.-

Comenzare estableciendo lo que decía respecto de la crítica Jiménez de Asua, que “la crítica es el motor del progreso científico. Creo que se ejerce poco en la Argentina, al igual que ocurría en España. La ausencia de juicio crítico se reemplaza a menudo por la murmuración o el dicterio, que nada tiene que ver con aquella forma serena de valoración. La autentica critica de obras científicas ha sido causa de que muchos autores eminentes enmendaran yerros, reformasen una concepción sobre un determinado instituto, o aplicaran a ciertos casos soluciones más correctas, apuntadas por el crítico imparcial”<sup>149</sup>, sumando a ello, la frase muy trillada en mis clases de pregrado de un insigne maestro ecuatoriano Hernán Coello García, que citaba al Alemán ....., quien decía *estas décadas no son para legislar*, que a nuestra realidad actual le vienen muy bien, pues, desde unas décadas atrás en vez de mejorar la normativa de nuestro, lo que hemos realizado es destruir lo que tenemos.

Ese espíritu crítico es lo que me motivo hacer el análisis de este tipo penal de peculado bancario, ese ver como se destruye nuestra normativa a pretexto de actualizar, y es así como en estos días en nuestro país se hable de un nuevo Código Orgánico Penal, siguiendo supuestamente según algunos de sus creadores de la teoría penal del enemigo, lo cual es una gran falsedad, por cuanto no sigue dicha teoría, si lo viera Gunther Jakobs, les demandaría por tomar el nombre de su derecho penal del enemigo.

Por ello, con el fin de contribuir es que hice el presente trabajo, en el mismo que podemos determinar entre otras cosas las siguientes:

- A) El Bien jurídico protegido, son diferente, pues en el peculado se protege esa potestad, esa fidelidad, el patrimonio, el cumplir la norma para un adecuado

---

<sup>149</sup> JIMENEZ DE ASUA, Luis, “Comentarios a las obras de “Derecho Penal” de Eusebio Gómez y Sebastián Soler. Edit. La Ley, Tucumán, Buenos Aires, Pág. 18.

desempeño, aspectos que no solo tiene ni los tendrá el peculado bancario, pues, su bien jurídico protegido es otro, pues su fines son netamente privados, de lucro,

- B) El Sujeto Activo, se requiere un funcionario público, en el peculado, en tanto, que en el peculado bancario se tiene a empleados, sujetos a normas diferentes, a conceptos diferentes, sin que exista en lo más mínimo un punto de encuentro.
- C) El Sujeto pasivo, tiene que ser el sector público en el peculado, en el bancario, para nada son los bancos, instituciones que desde ningún punto de vista, se la puede considera sector público, hacerlo es distorsionar su naturaleza.
- D) El Objeto Material del delito, como analizamos en el peculado deben ser públicos o bajo la custodia de sector público, en tanto que en el bancario, son privados, de ninguna, ni por ninguna condición se convierten en públicos.

De todo ello es evidente de que esta totalmente errado, desde el punto de vista teórico, y concebido el peculado bancario, pues no cumple ninguno de los elementos del tipo penal, podríamos atrevernos a decir, que el tipo penal de peculado bancario, teóricamente no existe, y que por lo mismo es necesario de que se creen nuevos delitos penales, como los financieros y no se haga lo que se hizo, pues creemos que se violenta los derechos humanos al sujetarlos a nuestros empleados bancarios al juzgamiento de tipos penales irreales e inexistentes desde la teoría jurídica.

## **BILIOGRAFIA.-**

- ALBAN Gómez Ernesto, Manual de Derecho Penal Ecuatoriano, Tomo II, Primera Edición, Impresoresmyl, Quito Ecuador.
- ABOSO Gustavo, ABRALDES Sandro, Trabajo sobre el funcionario Público.
- CARRERA P. Daniel, PECULADO de bienes y servicios públicos, edit. Mediterránea, Córdoba, 2005
- CERESO MIR José, Cursote derecho penal español, II y III, Civitas 2005
- CERESO MIR José, Obras completas, Derecho Penal, Parte General, Ara, Lima 2006.
- CARMIGNANI Giovanni, “Elementos de Derecho Criminal”, Editorial Temis Librería Bogotá-Colombia 1979.
- CUEVA Carrión Luis; “PECULADO”, Tomo I, Ediciones Cueva Carrión, 1ra edición, Ecuador, 2006.
- DIEZ MANUEL MARIA, Derecho Administrativo, Tomo III, Edit. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1967..
- DONNA Edgardo A., Derecho Penal Parte General, tomo I, Rubinzal Culzoni, 2006
- DONNA, Edgardo Alberto, “La Autoría y la participación criminal”, 2da. Edición; Edit. Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2005.
- DONNA, Edgardo Alberto, “Derecho Penal”, Parte Especial, Tomo III, Editores Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, Argentina, 2022, Pág. 259.
- DONNA Edgar Alberto, “El Concepto Dogmatico de Funcionario Público en el Código Penal”, Revista: Delitos Contra la Administración Pública II, No. 2004-2; dado en los copiosos de la Maestría en Derecho Penal, de la Universidad del Azuay, en el modulo Derecho Penal Especial II, Delitos contra la Administración pública, en la semana comprendida entre el 29 de septiembre al 3 de Octubre del 2008.
- ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Tomos XII y XXI, Edit. Driskill S.A., Argentina, 1978.
- FRANCO Uriel, “EL Peculado”, Edt. Temis, Colombia, 1978.
- GARCIA José, “El juicio por el Delito de Peculado”, Ecuador, 2000.

- GARIBALDI Gustavo y otro, Error y delito, Edit. Hammulabi, Argentina, 1995.
- GONZALES Ventura, Teoría de la imputación Objetiva, Edit. Jurídicas cuyo, Argentina, 2005.
- HIRSCH Hans Joachim, Obras completas, Rubinzal Calzón 2005
- JAKOBS Gunter, Derecho Penal, Alemania, 1991.
- MAURACHI Reinhasrt - Kart Heinz GÖSSEL- Heinz ZIPF, Derecho Penal Parte General, Astrea 1995
- MUÑOZ Francisco, Derecho Penal, Parte General, Edit. Turant lo blanch, Valencia 2.000.
- ROXIN Claus, La Teoria del Delito, en la discusión actual, edit. Grijley, 2007.
- ROXIN Claus, “Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal”, séptima edición, edit. Marcial Pons, Madrid 2000.
- SALAZAR Pineda Gustavo, “Yo defendí a Rodríguez Gacha”, Edit. Jurídica Radar, Bogotá, 1990.
- SAYAGUES LASO ENRIQUE, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Montevideo 1986.
- VILLADA Jorge Luis, “Delitos contra la Administración Pública”, Edit. Advocatos, Argentina, 2005.
- WELZEL Hans, Derecho Penal Alemán, Jurídica de Chile, 1969
- WELZEL Hans, El nuevo sistema de derecho penal B de F 2001
- ZAFARONI Eugenio, Manual de Derecho Penal, Parte General, Edit, Diar, 2da. Edición, Argentina 2006.
- Microsoft® Encarta® 2007. © 1993-2006 Microsoft Corporation.