



**UNIVERSIDAD DEL AZUAY**

**Facultad de Ciencias Jurídicas**

**Escuela de Derecho**

**ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE PECULADO EN GENERAL.  
ANÁLISIS A UN CASO PRÁCTICO.**

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

**ABOGADA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**

**Autor: Andrea Calle Mendieta**

**Director: Dr. Juan Carlos Salazar Icaza**

**Cuenca, Ecuador**

**2011**

## INDICE DE CONTENIDOS

Portada.....	ii
Índice de contenidos .....	iii
Índice de anexos .....	iv
Resumen .....	v
Abstract.....	vi
<b>Introducción .....</b>	<b>1</b>
<b>CAPITULO I. EL DELITO EN GENERAL.....</b>	<b>2</b>
Introducción.....	2
1.1 El delito.-Concepto.....	3
1.2 Estructura jurídica del delito.....	4
1.3 Sujetos del delito.....	8
1.4 Objeto del delito.....	11
1.5 Clasificación del delito.....	12
1.6 La acción.....	19
1.7 La tipicidad.....	24
1.8 La antijuridicidad.....	33
1.9 La culpabilidad.....	36
1.10 Conclusiones.....	40
<b>CAPITULO II. EL DELITO DE PECULADO EN LOS DELITOS EN CONTRA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....</b>	<b>41</b>
Introducción.....	41
2.1 Principales delitos contra la existencia y seguridad del Estado.....	41
2.2 Historia del delito de peculado y malversación de fondos públicos.....	48
2.3 El Peculado. Definición.....	49

2.4 El delito de peculado en el Ecuador.....	50
2.5 Conclusiones.....	55
<b>CAPITULO III. ELEMENTOS DEL DELITO DE PECULADO.....</b>	<b>57</b>
Introducción.....	57
3. 1 Elementos comunes.....	62
3.1.1 El sujeto activo.....	62
3.1.2 El sujeto pasivo.....	67
3.1.3 El objeto material.....	68
3.1.4 El objeto jurídico.....	70
3.1.5 La Conducta.....	70
3.2 Elementos especiales.....	70
3.2.1 Elemento normativo.....	71
3.2.2 Elemento Subjetivo .....	72
3.2.3 Conclusiones.....	73
<b>CAPITULO IV. TENTATIVA Y DELITO CONSUMADO EN EL PECULADO.....</b>	<b>74</b>
Introducción.....	74
4.1 La tentativa.....	74
4.2 Autoría y Coautoría.....	81
4.3. Participación en el delito de peculado.....	83
4.4. El Intraneus y el extraneus.....	88
4.5 El delito consumado.....	92
4.6 Conclusiones.....	94

<b>CAPITULO V. ANÁLISIS A UN CASO PRÁCTICO.....</b>	<b>95</b>
Introducción.....	95
5.1 Análisis del caso práctico de un proceso iniciado a los funcionarios del monte de piedad por un supuesto delito de peculado.....	96
5.2 Análisis y Conclusión Final.....	123
 <b>CAPÍTULO VI</b>	
6.1 Conclusiones:.....	130
6.2 Conclusiones teóricas.....	130
6.3 Conclusiones metodológicas.....	133
6.4 Conclusiones pragmáticas.....	134
 <b>7. REFERENCIAS:</b>	
7.1 BIBLIOGRAFÍA.....	135
 <b>8. ANEXOS.....</b>	<b>136</b>

## **INDICE DE ANEXOS**

ANEXO 1: Procedimiento operativo subasta pública de remates de joyas. Sistema de Montes de Piedad.

ANEXO 2: Reglamento sobre la subasta pública.

ANEXO 3: Acta de remates de prendas realizado en el Monte de Piedad.

ANEXO 4: Denuncia de acción penal pública de instancia oficial por parte del Director Regional 2 de la Contraloría General del Estado.

ANEXO 5: Informe del examen especial a las operaciones administrativas y financieras del Monte de Piedad de Cuenca; realizadas por auditoría interna del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

ANEXO 6: Informe de la Contraloría General del Estado.

ANEXO 7: Resolución del Tribunal Segundo de Garantías Penales del Azuay.

## RESUMEN DEL TRABAJO DE TESIS

### **ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE PECULADO EN GENERAL. ANÁLISIS A UN CASO PRÁCTICO.**

El objetivo principal del trabajo, será analizar y estudiar aquellos elementos objetivos y subjetivos que constituyen y caracterizan el delito de peculado, y a base de un caso práctico de actualidad realizar el respectivo análisis.

Se pretende realizar, inicialmente una investigación de la acción del delito de peculado y sus sanciones respectivas, con la finalidad de establecer un diagnóstico entre la administración de justicia común y la aplicación de justicia en nuestro país y para finalmente, establecer un parámetro de aplicación de solución efectiva a estos delitos que nos afectan ya sea directa o indirectamente a nuestra sociedad.

Andrea Calle

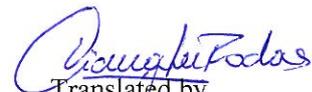
ABSTRACT

ELEMENTS OF THE CRIME OF EMBEZZLEMENT, ANALYSIS OF  
A PRACTICAL CASE.

The main goal of this work is to examine and study the objective and subjective elements that are part of the crime of embezzlement, and to perform an analysis based on an actual case.

Initially, the act of embezzlement and the corresponding sanctions will be investigated in order to establish a diagnosis of the common judicial administration and the application of justice in our country, and to establish a parameter of its effectiveness in the incidence of this type of crime, which directly and indirectly affects our society.



  
Translated by,

Diana Lee Rodas

## INTRODUCCIÓN

“El peculado es una infracción contra la administración pública, que consiste en la infidelidad del funcionario público o empleado del Estado con la función que se le encomendó y con los deberes que tiene hacia la administración y para con la comunidad social; es decir que cometen el delito de peculado quienes se apropian de dineros o bienes, quienes los usan indebidamente para sí o para terceros, quienes no les dan el destino previsto por el legislativo quienes asumen actitudes negligentes en su cuidado, así como quienes desorganizan el presupuesto de la nación, quebrantan ese deber de probidad y disciplina, alteran el normal desenvolvimiento de la administración pública, a la que presentan distorsionada de su decorosa imagen ante la sociedad.

La norma lo que tutela fundamentalmente es el interés de la administración pública en sus manifestaciones de lealtad, fidelidad, eficacia, prestigio, etc. De estos funcionarios públicos, decir como lo manifiesta el autor ANTOLISEI el objeto de la incriminación no es solo la tutela del interés estatal y la probidad y corrección de los funcionarios públicos, sino también la defensa de los bienes de la administración pública y es por ello que el bien jurídico protegido al que se refiere es a la administración pública como aquel normal, ordenado y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado, en todas las ramas de los tres poderes”.<sup>1</sup>

En conclusión podemos decir que los funcionarios públicos o empleados del Estado tienen que obrar con buena fe, probidad y honestidad, respecto en todas sus funciones, en cuanto a la buena administración y organización de todos los bienes que a ellos se les encarga, para que de esa manera desarrollen de una manera adecuada sus tareas y así permitir un buen desarrollo mismo de la sociedad, en cuanto a esta funcionalidad estatal.

---

<sup>1</sup> CANCINO ANTONIO, “El Peculado”. Editorial TEMIS. Bogotá – Colombia. Pg.13.

## **CAPÍTULO I**

### **EL DELITO EN GENERAL**

#### **INTRODUCCIÓN:**

En este capítulo se ha desarrollado lo que es el delito en general, para de esa manera sentar bases sólidas sobre ésta materia y así antes de entrar en el tema central de esta tesis la cual se refiere a los elementos constitutivos del delito; y así saber que acciones u omisiones del ser humano son ilícitas, es decir contrarias a la normativa y al ordenamiento jurídico; y asimismo se mencionan también los medios necesarios para no incurrir en éstas faltas a la norma y las sanciones respectivas si es que se ha cometido alguna; por supuesto que cada norma tiene su excepción las cuales han sido claramente recalçadas.

El objetivo de este análisis, será el de indicar cuando un persona ha cometido una falta en general, para luego entrar más a fondo en los casos de los delitos en contra de la administración pública, el cual es un sector especializado en cuanto a materia penal se trata.

También se podrán descubrir los antecedentes del delito de peculado, y las diferentes maneras en las que se puede calificar a un delito en contra de la administración pública y de esa manera saber diferenciar con otros tipos de delito, todo en base al conocimiento de esta parte general del delito en general.

## 1.1 El delito.- Concepto

Existen varias concepciones en cuanto a la definición del delito; es por ello que mencionaremos las que consideramos más importantes y aplicables en nuestra legislación y en la actualidad. Estas son las siguientes:

a) “Definiciones formales: Son aquellas que conciben al delito como el acto legalmente punible; es decir como el acto que la ley tipifica y sanciona con una pena determinada.

b) Definiciones reales o materiales: Son aquellas que pretenden descubrir las calidades intrínsecas del hecho delictivo; es decir saber cómo debe ser una conducta para que pueda ser incriminada y sancionada por una ley penal.

Con estos presupuestos podríamos definir al delito como aquel acto que ofende gravemente el orden ético-cultural de una sociedad determinada en un momento determinado y que, por tanto, merece una sanción.

Sin embargo éstas definiciones son posibles tan sólo en términos iusnaturalistas, en el campo ideal del deber ser, y que para tratar de precisar en la práctica su alcance, es necesario salir del ámbito jurídico y entrar en otros terrenos como es el filosófico, político, histórico, cultural.

Ahora bien, Francisco Carrara define al delito como:

“Delito es la infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y socialmente dañoso.

A continuación un análisis de la definición de Carrara:

~ Infracción de la ley del Estado: El delito es la contradicción entre la conducta humana y la ley; es decir el delito es un ente jurídico que sólo es tal si la ley previamente lo tipifica.

~ Promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos: La ley violada por el delito se presume, mediante su promulgación, que es conocida por todos sobre quienes impera. Su finalidad es proteger la seguridad pública y privada, esta es su razón de ser.

~ Resulta de un acto: La infracción proviene de un acto que infringe la ley. Acto en el cual deben confluír las fuerzas física y moralmente.

~ Del hombre: Sólo el ser humano puede cometer delitos y recibir sanciones.

~ Externo: La ley no puede sancionar ideas, pensamientos o meras intenciones, la ley penal interviene cuando la persona exterioriza esas intenciones o pensamientos; es decir cuando la persona actúa.

~ Positivo o negativo: Ese acto puede manifestarse a través de acciones y de omisiones.

~ Moralmente imputable: La culpabilidad de quien realiza la conducta prevista por la ley tiene como base la imputabilidad moral, que se sustenta en el libre albedrío; es decir será culpable de cometer un delito aquella persona capaz ante la ley y que realice este acto delictivo con conciencia y voluntad.

~ Socialmente dañoso: Puesto que el delito es una conducta que atenta gravemente contra la convivencia social.”<sup>2</sup>

○ **Estructura jurídica del delito:**

“Las escuelas alemanas describen al delito, y lo definen como aquel acto de debe tener una serie características para que este sea considerado como tal, y es por eso que una acción tiene que ser típica, antijurídica, susceptible de ser reprochada al autor como persona responsable, es decir tiene que ser culpable, y la conducta debe ser punible a su autor.

---

<sup>2</sup>RÉGIMEN PENAL ECUATORIANO, Ediciones legales. Págs. 71-73

La culpabilidad es la responsabilidad personal por el hecho antijurídico, presupone la antijuridicidad del hecho, del mismo modo que la antijuridicidad a su vez, ha de estar concretada en tipos legales. La tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad está relacionado lógicamente de tal modo que cada elemento posterior del delito presupone el anterior.

Ya que el ordenamiento jurídico quiere sancionar con pena conductas intolerables para la vida en comunidad; sin embargo por su carácter general no permite reconocer qué conducta en particular debe estar prohibida, ni el ciudadano puede saber qué debe hacer u omitir, ni el juez puede distinguir que es lo que debe castigar. Es por ello que el ordenamiento jurídico debe concretar sus disposiciones penales, es decir, tienen que circunscribir objetivamente la conducta que prohíbe como. Matar, hurtar, cometer adulterio, etc. Pues sólo gracias a éstas especificaciones concreta de la materia de la prohibición se satisface la exigencia del principio nulla poena sine lege.

El principio constitucional de que la punibilidad de un hecho tiene que estar determinado por la ley antes de su comisión, se asienta sobre la idea de que la ley misma tiene que describir de un modo exhaustivo la materia de la prohibición, sin embargo en los delitos culposos y en los delitos impropios de omisión se deja abierto el ámbito de la autoría y tiene que ser completado mediante el criterio del juez como posición de garante.

Ahora bien, toda realización del tipo de una norma prohibitiva es ciertamente anti normativa pero no siempre es antijurídica, pues el ordenamiento jurídico no sólo se compone de normas, sino de preceptos permisivos.

Antijuridicidad es por lo tanto, la contradicción de una realización típica con el ordenamiento jurídico en su conjunto; es decir es siempre la contradicción entre una conducta real y el ordenamiento jurídico. No hay tipos antijurídicos sino sólo realizaciones antijurídicas del tipo.

Es entonces que definimos a tipo como la descripción concreta de la conducta prohibida; y a la antijuridicidad es la contradicción de la realización del tipo de una norma prohibitiva con el ordenamiento jurídico en su conjunto.

Es por ello, que se caracteriza a la antijuridicidad como un juicio negativo de valor sobre la conducta típica. El sujeto de este juicio negativo de valor no es un hombre individual, sino el ordenamiento jurídico como tal, la sentencia del juez podría, a lo sumo, ratificar la valoración de injusto por parte del ordenamiento jurídico, su objeto, la acción en cambio es una unidad de elementos objetivos y subjetivos.<sup>3</sup>

Es por eso que a manera de conclusión podríamos decir que el concepto de delito responde a una doble perspectiva:

Por un lado, es un juicio de desvalor que recae sobre un hecho o acto humano y se lo llama injusto o antijuridicidad. Es pues la desaprobación del acto.

Por otro lado, es un juicio de desvalor que se hace sobre el autor de ese hecho, y se lo llama culpabilidad o responsabilidad. Es pues la atribución de dicho acto a su autor para hacerle responsable del mismo.

Sin embargo debemos recalcar que hay antijuridicidad sin culpabilidad, pero no hay culpabilidad sin antijuridicidad; puesto que no todo hecho antijurídico realizado por un autor culpable es delito, por eso es que el legislador ha seleccionado una parte de ellas y las ha conminado con una pena por medio de su descripción en la ley penal. A este proceso de selección en la ley de las acciones que el legislador quiere sancionar penalmente se le llama tipicidad.

Por tanto la tipicidad, culpabilidad y antijuridicidad son características comunes a todo delito. El punto de partida es siempre la tipicidad, pues sólo el hecho descrito en el tipo legal puede servir de base de posteriores valoraciones.

Sin embargo para poder calificar a un hecho como delito, se exige la presencia de una característica adicional, que sería la penalidad, para de esa manera poder exigir el cumplimiento de una sanción o pena determinada por el legislador.

---

<sup>3</sup>DERECHO PENAL ALEMÁN, Welzel Hans, 12° Edición, 3ra Edición Castellana, Editorial Jurídica Chile, págs.

“Ahora, desde el punto de vista jurídico, el delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena. Esto es una consecuencia del principio “nullum crimen sine lege”, el cual impide considerar delito toda conducta que no caiga en los marcos de la ley penal.

Sin embargo el concepto de delito considerado como una conducta castigada por la ley, es meramente formal; es por ello que el vigente código luego de algunas reformas y exigencias del legislador para su correcta aplicación del concepto del delito a la realidad ha sido pues como lo indica su art. 10, que dice: “Son delitos o faltas, las acciones u omisiones voluntarias penadas por la ley”. El legislador ha querido destacar en estas definiciones aquellos caracteres que le han parecido más relevantes en orden a la consideración de un hecho como delito: que debe tratarse de una acción u omisión, que éstas deben ser dolosas e imprudentes y que deben ser penadas por la ley.”<sup>4</sup>

“Debemos señalar expresamente, qué caracteres debe tener una conducta para que el sistema jurídico pueda calificarla como delito y para considerar al que la ejecutó como sujeto de una sanción penal. Y los elementos constitutivos son los siguientes:

a) El delito es un acto.- este primer elemento constituye el sustento material del delito, ya que en ésta podemos apreciar que interviene la conducta humana; el resto de elementos son calificaciones de esta conducta.

b) El acto es típico.- Porque esa conducta deberá estar expresamente descrita por la ley penal, consecuentemente, la tipicidad debe ser analizada objetiva y subjetivamente.

La tipicidad es la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal, y es consecuencia del principio de legalidad, ya que sólo por medio de la descripción de las conductas prohibidas en tipos penales se cumple el principio “nullum crimen sine lege”.

c) El acto es antijurídico.- Porque esa conducta es contraria al derecho y lesiona un bien jurídico penalmente protegido.

d) El acto es culpable.- Porque ese acto le puede ser imputado y reprochado a su autor.

---

<sup>4</sup>MUÑOZ CONDE FRANCISCO, “Derecho penal. Parte general”. Editorial Tirant Blanch. Págs. 222, 225.

Si estos factores confluyen, habrá delito y, como consecuencia de ello, el acto será punible.”<sup>5</sup>

### 1.3. “Los sujetos del delito:

La comisión de un delito implica necesariamente la concurrencia de dos sujetos:

- Sujeto activo
- Sujeto pasivo

Sujeto activo.- Es el agente que ejecuta el acto delictivo y que debe, en consecuencia sufrir la pena correspondiente.

Puede ser uno varios individuos que realizan el acto cometiéndolo en conjunto o cooperando para su realización. Cabe recalcar que sólo es el ser humano, la persona natural puede ser sujeto activo de delito.

En el orden procesal, el sujeto activo es el imputado en el proceso o acusado cuando ya se ha dictado auto de llamamiento a juicio en su contra.

Sujeto pasivo.- Es el titular del bien jurídico lesionado por la comisión del delito.

También puede ser una persona o varias. En el lenguaje criminológico se le llama víctima. Los sujetos pasivos del delito son:

- Las personas naturales: cualquiera que sea su edad, condición o capacidad jurídica, puede verse lesionada en aquellos bienes jurídicos de los cuales es titular como lo son la vida, la salud, la honra, la libertad, la propiedad.
- El estado: que también puede ser lesionado en aquellos bienes jurídicos propios de su naturaleza, como lo son la seguridad externa e interna, la correcta administración pública, etc.

---

<sup>5</sup>RÉGIMEN PENAL ECUATORIANO, Ediciones legales. Pág. 74

- Personas jurídicas: titulares de derechos que tienen protección penal y que pueden resultar lesionados por el acto delictivo; así sucede con la propiedad.
- La comunidad: se trata de casos en que el delito afecta a bienes jurídicos de carácter general o común, supraindividuales, pues su titular no es una persona en particular, sino la comunidad en conjunto. Tales son, en el ámbito tradicional, los delitos contra la seguridad pública, la salud pública o la moral pública; pero también los nuevos delitos ambientales, económicos, etc.
- La comunidad internacional: que son aquellos delitos que afectan no solamente al orden jurídico de los estados sino a la comunidad internacional en su conjunto. Esto es lo que ha llevado a la creación de una Corte Penal Internacional con jurisdicción supranacional para juzgar a los responsables de los delitos.
- El ser que está por nacer: nuestra legislación penal parece considerar al ser que está por nacer como sujeto pasivo del aborto, a pesar de lo que dice el Código Civil, puesto que hay autores que admiten que si es sujeto pasivo por cuanto el estado y el sistema jurídico le reconocen como titular de derechos, entre ellos el derecho a la vida. Sin embargo; otros autores sostienen que no lo es, que si bien el estado garantiza su vida, no lo reconoce todavía como persona, y, por tanto, le niega la capacidad de ser titular de derechos. Es por eso que no se ha determinado a ciencia cierta quién sería el sujeto pasivo en el delito de aborto: ¿la mujer? ¿El estado? ¿La comunidad?
- La naturaleza: puesto que hay que reconocer a la misma como titular de ciertos derechos que podrían ser lesionados penalmente a través de delitos de destrucción de biosistemas, extinción de flora y fauna, etc.
- La persona fallecida: ya que con el fallecimiento se ha extinguido el titular de derechos. Aquellos delitos cuya acción parecería estar dirigida contra el fallecido, no lo tienen a éste como sujeto pasivo, sino a sus parientes o herederos o a la comunidad.
- Los animales: en delitos cuya acción se dirige en contra de los animales, el sujeto pasivo será el propietario del animal. En algunas legislaciones se tipifica el delito de maltrato a los animales, aunque el autor sea el mismo propietario; es este caso el sujeto activo sería la comunidad.
- El propio sujeto activo: aquí se plantea la posibilidad que se confundan en una misma persona el sujeto activo y el sujeto pasivo, es decir el autor del delito y de agraviado con el mismo. Sin embargo nuestra legislación no acepta tal evento. Así no se sanciona la tentativa de suicidio, ni las autolesiones ni la auto injuria. Se considera

delito cuando quien se autolesiona lo hace para tratar de evadir el cumplimiento de las obligaciones militares; pero en tal caso el sujeto pasivo es el estado, en sus intereses relativos a la defensa nacional.

- La administración pública como sujeto pasivo:

“Primero tenemos que realizar un análisis sobre qué se entiende como administración pública, la cual se refiere a toda actividad cumplida por quién está encargado de poner en funcionamiento el Estado para el cumplimiento de sus fines, funciones sometidas a una jerarquía en todos sus órganos. Kelsen sostiene que por administración del Estado debe entenderse por aquella gestión cumplida por comunidades totales emanadas de la totalidad de una nación o de parcialidades de ella, pero representando a la totalidad comunitaria.

Administrar según la Real Academia de la Lengua, es servir, por consiguiente la administración pública es el servicio al público que, desde luego cumple el Estado por intermedio de todos sus servidores.

Ahora bien, vemos que la legislación tiene como finalidad amparar penalmente al Estado, con el fin de que tanto los funcionarios que están a su servicio, como los particulares, cumplan correctamente con las funciones del Estado.

Entonces son sujetos activos de estos delitos, quienes ponen en funcionamiento la actividad del Estado, siendo estos delitos contra la administración pública, delitos propios del funcionario, porque sólo él los puede cometer como autor, es decir contiene sujetos activos cualificados, con cualidad jurídica consistente en la investidura del funcionario y con un grupo de funciones específicamente adscritos a su labor y exigidos por el tipo legal.”<sup>6</sup>

Es por ello que cuando se juntan éstos requisitos necesarios para el revestimiento de una persona como funcionario público, que dentro de sus funciones que serán el de servir al público en representación del Estado, y si es que no se cumple a cabalidad con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, pues se darán los distintos tipos de delito de en contra de la buena administración pública se encuentran y que están detallados más adelante.

---

<sup>6</sup>EL PECULADO, Rubio Angulo Campo Edmundo, Bogotá, D. E. 1985, págs. 4,5.

En el orden procesal el sujeto pasivo es el ofendido que puede presentarse como acusador particular, cumpliendo con lo prescrito en los Art. 52 del Código de Procedimiento Penal, en el cual dice “ puede proponer acusación particular el ofendido”.

#### **1.4. “Objeto del delito:**

La doctrina distingue dos clases de objeto del delito:

- El objeto jurídico
- El objeto material

El objeto jurídico.- es aquel bien jurídico penalmente protegido, que resulta lesionado por el acto delictivo y sobre el cual recae el acto jurídico del delito.

La determinación exacta del objeto jurídico es de gran importancia para establecer con absoluta precisión el propósito de la ley. Así como en los delito de rapto, aborto, violación, perjurio, pago con cheque sin provisión de fondos, tráfico de drogas, determinar el bien jurídico permitirá un análisis más adecuado del alcance de la ley.

El objeto material.- es la persona o cosa sobre la cual se ejecuta o recae la acción material del delito. En algunos casos de delitos contra las personas, el objeto material se confunde con el sujeto pasivo de la infracción. Así como ocurre en el homicidio, las lesiones, la violación.

Pero hay otros casos en que el objeto material es una cosa como aquellos bienes sustraídos en el robo y hurto, los bienes destruidos en los delitos de daños en la propiedad; los billetes o documentos falsificados, el cadáver profanado, el animal sustraído, etc. Hay finalmente delitos en los que no existe objeto material alguno; tal es el caso de las injurias, el perjurio o la intimidación, en los que la acción delictiva puede ser puramente verbal.

El objeto de la prueba es de gran importancia en el ámbito procesal, por cuanto a través de él se establece la prueba material de un delito.”<sup>7</sup>

### **1.5. “Clasificación del delito:**

La clasificación con mayor importancia, que han sido establecidos por la propia ley y por los doctrinarios son:

- a) Por la gravedad

Existen dos fórmulas:

El sistema tripartito: Originario del Código Penal Francés, y consiste en: crímenes, delitos y contravenciones. Sin embargo la división triple no tiene una sola justificación, ni de fondo ni de necesidad práctica, por esta causa las legislaciones han abandonado en su mayoría al sistema tripartito y ya no utilizan siquiera la palabra crimen.

El sistema bipartito: De origen español y en nuestra legislación se refiere en el art. 10 del código penal que dice: “Las infracciones penales... Se dividen en delitos y contravenciones”.<sup>8</sup>

Consecuencias de la clasificación:

Estas consecuencias se dan en cuanto a:

- 1.- La pena:

Dependiendo del tipo de delitos que se ha cometido se dará la siguiente clasificación de las penas, y en el art. 51 del Código penal se habla de las penas en general y dice:

Art. 51: “Las penas aplicables a las infracciones son las siguientes:

---

<sup>7</sup>RÉGIMEN PENAL ECUATORIANO, Ediciones legales. Pág. 77, 81 – 83.

<sup>8</sup>RÉGIMEN PENAL ECUATORIANO, Ediciones legales. Pág. 84

~ Penas peculiares de delito:

1. Reclusión mayor.
2. Reclusión menor.
3. Prisión de ocho días a cinco años.
4. Interdicción de ciertos derechos políticos y civiles.
5. Sujeción a la vigilancia de la autoridad
6. Privación del ejercicio de profesiones, artes u oficios; y,
7. Incapacidad perpetúa para el desempeño de todo empleo o cargo público.

~ Penas peculiares de la contravención:

1. Prisión de uno a treinta días; y
2. Multa

~ Penas comunes a todas las infracciones:

1. Multa; y,
2. Comiso especial.”

Para conocer los procesos por delitos son competentes los jueces y los tribunales penales.

Para las contravenciones lo son actualmente los jueces de contravenciones.

2. - El procedimiento:

~ Cuando se trata de un delito, hay etapas procesales; la ley prevé una variedad de recursos frente a las decisiones del juez o tribunal.

~ Cuando se trata de una contravención, el trámite es muy simple y debe cumplirse en una sola etapa, de la sentencia no cabe recurso alguno.

3. – Características especiales:

~ En las contravenciones no se sanciona la tentativa y el plazo de prescripción es muy corto, al igual que la reincidencia prescribe rápidamente.

~ En los delito se sanciona la tentativa y el plazo de prescripción del delito dependerá del que se ha cometido sin embargo este no es de corto plazo.

a) Por la acción para perseguir delitos:

De acuerdo Código de procedimiento Penal, la acción penal se clasifica en dos, la cual expresamente en el Art. 32 Ibídem dispone:

Art. 32: “Desde el punto de vista de su ejercicio, la acción penal es de dos clases: pública y privada.”

Por otra parte, los artículos siguientes explican dicha clasificación de la siguiente forma:

Art. 33: “El ejercicio de la acción pública le corresponde exclusivamente al fiscal, sin necesidad de denuncia previa.

El ejercicio de la acción privada corresponde únicamente al ofendido, mediante querrela.

Art. 35: “En los casos de acción pública, el fiscal podrá realizar los actos urgentes que impidan la consumación del delito o los necesarios para conservar los elementos de prueba pero sin afectar los derechos del ofendido.

Art. 36: “Son delitos de acción privada:

- El estupro perpetrado en una persona mayor de dieciséis años y menos de dieciocho.
- El rapto de una mujer mayor de dieciséis años y menos de dieciocho, que hubiese consentido en su rapto y seguido voluntariamente al raptor.
- La injuria calumniosa y la no calumniosa grave.
- Los daños ocasionados en propiedad privada, excepto el incendio.
- La usurpación.
- La muerte de animales domesticados o domésticos.

b) Por el momento de su descubrimiento:

Esta clasificación se fundamenta en un hecho circunstancial: su descubrimiento.

1.- Flagrantes:

De acuerdo con el art. 162 del Código de Procedimiento Penal, que expresamente dice: "Es delito flagrante cuando se comete en presencia de una o más personas; o cuando se lo descubre inmediatamente después de su comisión y el autor es aprehendido con armas, instrumentos, huellas o documentos relativos al delito recién cometido.

No se podrá alegar persecución ininterrumpida se ha transcurrido más de veinticuatro horas entre la comisión del delito y la detención."

2.- "No flagrantes:

Cuando el delito no se comete en presencia de otras personas ni el autor es aprehendido inmediatamente después.

c) Por la estructura del acto delictivo:

Pueden ser:

1.- Delitos simples:

Cuando la ejecución del delito constituye un solo hecho, que lesiona un bien jurídico: un homicidio, un hurto, que atentan contra la vida o la propiedad respectivamente.

2.- Delitos complejos:

Cuando la ejecución implica varios hechos simultáneos o sucesivos, que lesionan dos o más bienes jurídicos, pero que la ley unifica como un solo delito. Así por ejemplo: como sucede con los delitos de robo con muerte, violación con muerte u otros similares, en

que además con atentar contra la propiedad o la libertad sexual también se atenta contra la vida.

d) Por la forma en que se produce el resultado:

1.- Formales o de simple actividad:

Cuando de acuerdo a la tipicidad del delito, su ejecución exige un acto que incluye en sí mismo el resultado. Por ejemplo el propuesto por Jiménez de Asúa: “El que pasare por el puente N será penado con...” En esta caso el acto pasar por el puente, es al mismo tiempo el resultado delito.

2.- Materiales:

Cuando la tipificación del delito exige que el acto humano produzca un resultado simultáneo o posterior, distinguible porque se trata de un cambio material que experimentan las personas o las cosas. Así en el homicidio, el acto humano es disparar, apuñalar o estrangular a otro, pero para que el delito llegue a su consumación hace falta un resultado, que es un acontecimiento distinto: la muerte de la víctima. La naturaleza de los delitos materiales produce situaciones en que ejecutado el acto no se produce el resultado como se dan en los casos de tentativa, o cuando realizado el acto, se suman a él otras causas para generar un resultado que no buscaba el autor.

e) Por la duración del momento consumativo:

Esta clasificación tiene importancia por cuanto es necesario determinar el tiempo y el lugar del delito. Estos delitos pueden realizarse en tiempo más o menos largos y en variados lugares, lo cual planteará la necesidad de establecer cuál es la ley aplicable, el juez competente, etc.

#### 1.- Instantáneos:

Cuando el delito se consuma en un solo momento, más o menos breve. El homicidio, por ejemplo, se consuma el instante en que el sujeto pasivo muere, aunque el proceso de preparación o de ejecución haya sido muy prolongado. El hurto o robo se consuman el momento en que la cosa es sustraída; la violación, el momento en que se ejecuta el acceso carnal. En definitiva el momento de la consumación del delito será aquel en que se produce la lesión efectiva del bien jurídico: la vida, propiedad, libertad sexual, etc.

#### 2.- Permanentes.

Son aquellos delitos en que la consumación perdura en el tiempo por un lapso más o menos largo, por cuanto también perdura la lesión del bien jurídico protegido. Como en los delitos de plagio o de raptó, en que la consumación dura tanto tiempo cuanto dure la privación de libertad que sufre el sujeto pasivo.

#### 3.- Continuados:

Estos delitos se integran con varios actos ocurridos a lo largo del tiempo, en el que cada uno de los cuales se constituye por sí solo un delito; sin embargo debido a una ficción jurídica, se considera a todos los actos en conjunto como un solo delito. Para que esta situación proceda será indispensable que el tipo de delito sea el mismo, que sean los mismos sujetos activo y pasivo y que exista una sola intención delictiva continua.

#### 4.- Habituales:

Estos delitos se componen de varios actos realizados a lo largo del tiempo; sin embargo cada uno de ellos por sí solo no es delito, pues éste es la suma de todos los actos. Como por ejemplo en el delito de usura.

f) Por sus efectos:

1. - De daño:

Cuando la lesión jurídica que el delito produce consiste en un daño efectivo que afecta a un bien jurídico concreto, cuyo titular es una persona natural o jurídica. Así por ejemplo en los delitos de homicidio, peculado, estafa.

2.- De peligro:

Cuando la lesión jurídica produce una amenaza general, ya que pone en riesgo bienes jurídicos cuyo titular es la comunidad en su conjunto, como la salud, la seguridad o el orden público. En éstos caso no hay una persona en particular que haya sufrido un daño concreto; por eso suelen llamarse “delitos sin víctima”.

g) Por el bien jurídico afectado:

La clasificación podría se extensa si es que lo clasificamos en todos los delitos en tantas categorías sean los bienes jurídicos protegidos penalmente; sin embargo vamos a ver los más importantes:

1.- Delitos políticos:

De acuerdo a la tendencia objetiva, serían políticos aquellos delitos que atacan la estabilidad de los organismos estatales y del régimen constituido y, en algunos casos, los derechos políticos de los ciudadanos.

De acuerdo con la tendencia subjetiva, ésta atiende a la intención del autor; de tal manera serían delitos políticos, directos o conexos, aquellos que tienen una motivación de carácter político, sea cual fuere el bien jurídico atacado: vida, propiedad, libertad, etc.

## 2.- Delitos económicos:

Llamados también delitos de cuello blanco, son aquellos delitos que cometen las personas de alto nivel económico y social, que comenten delitos relacionados con su actividad empresarial o profesional o dentro de la administración pública.

Por ser el estado el bien jurídico lesionado, la repercusión social de estos delitos son especialmente graves”<sup>9</sup>.

### 1.5. La acción:

“El primer elemento de hecho, inicial y básico del delito es el ACTO, al cual se agregan los otros tres adjetivos que lo califican como acto típico, antijurídico y culpable.

Acto es la conducta humana guiada por la voluntad, es decir se refiere al control que la persona mantiene sobre su conducta, Welzel define a la acción humana como el ejercicio de una actividad final; es por eso que la acción no solamente es acontecer “final”, sino también “causal”. El carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, y conforme a su plan, proseguir a la consecución de estos fines. Entonces la actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde es el fin, sino que es resultado causal de los componentes causales existentes en cada caso.

Por ejemplo, “cuando el rayo electrocuta a un hombre que trabaja en el campo, el acontecer se basa en que entre el hombre y la nube se originó la máxima tensión eléctrica, que llevó a la descarga. Esta tensión pudo haberse originado también exactamente igual entre otro objeto de cierta altura y la nube. Que fuera justamente el hombre que estaba por cierto condicionado causalmente en la cadena infinita del acontecer, pero el acontecer no estaba dirigido finalmente a ello. Totalmente diferente

---

<sup>9</sup>RÉGIMEN PENAL ECUATORIANO, Ediciones legales. Pág. 86

en las acciones humanas: Quien quiere asesinar a otro elige, conscientemente para ello, los factores causales y los dispone de tal modo que alcancen el fin ordenado para la consecución del fin: compra el arma, averigua la oportunidad, se pone al acecho, dispara al objetivo: todos éstos son actos dirigidos a un fin, que están sujetos a un plan de conjunto”.<sup>10</sup>

Dado que la finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de prever, las consecuencias de la intervención causal, a merced de ello a la consecución de un fin; es la voluntad consciente del fin que rige al acontecer causal, la columna vertebral de la acción final.

“La dirección final de una acción se lleva a cabo en dos etapas:

La primera ocurre totalmente en la esfera del pensamiento, y empieza con:

- La anticipación del fin, es decir el proponerse lo que el autor quiere realizar.
- La selección de los medios de la acción para la consecución del fin.

Ahora bien los factores causales elegidos como medios van siempre unidos con otros efectos además del fin perseguido. El fin es siempre sólo un sector de los efectos de los factores causales puestos en movimiento.

- La consideración de los efectos concomitantes, que van unidos a los factores causales considerados junto a la consecución del fin.

Este proceso mental no se lleva a cabo hacia atrás, desde el fin, sino hacia adelante, a partir del factor causal elegido como medio en dirección a los efectos que trae o puede traer como consecuencia.

La voluntad de la acción orientada a la obtención del fin se encamina aquí, al mismo tiempo, a evitar los efectos concomitantes; sin embargo la consideración de éstos

---

<sup>10</sup>DERECHO PENAL ALEMAN, WELZEL Hans, Parte general 12° Edición, 3° Edición Castellana, Editorial

Jurídica de Chile, pág. 54.

efectos puede también llevar a que el autor incluya en su voluntad de acción la realización de los mismos, sea porque tenga por segura su producción en caso de aplicación de esos medios o por lo menos cuente con ella. En ambos casos la voluntad final de realización también abarca la realización de los efectos concomitantes.

De acuerdo con la anticipación mental del fin, la elección de los medios y el cómputo en el cálculo de los efectos concomitantes el autor efectúa su acción en el mundo real. Pone en movimiento, conforme a su plan, los medios de acción escogidos con anterioridad, cuyo resultado es el fin junto con los efectos concomitantes que se han incluido en el complejo total a realizar.

Por ejemplo: A y B quieren robar a X. Como medio consideran en primer lugar un cinturón para enrollarlo en el cuello de la víctima; sin embargo desisten ya que puede que la víctima muera asfixiada y quieren evitarlo; entonces eligen colocarle en su cabeza un saco de arena para así aturdir a X. Su realización está dirigida a la consecución de un fin, como a evitar los efectos concomitantes. Sin embargo, el saco de arena no aturde a X, entonces los autores recurren al primer medio, y estrangulan a X con un cinturón haciendo que la víctima muera asfixiada, aunque este no era su intención. Dado que ellos contaban con el desenlace mortal al utilizar este medio, se entiende su voluntad de realización, para la configuración de ese hecho, también al efecto concomitante que lleva consigo.

Es decir la segunda etapa de la dirección final es llevada a cabo en el mundo real.

Limitaciones del acto en su sentido penal:

- Las ideas, sentimientos, las meras intenciones no son actos, por peligrosas que pudieran ser carece del primer elemento del delito por cuanto no son conductas humanas.
- Las condiciones personales, las calidades, los estados de la persona no son actos; es decir ninguna condición de raza, religión, nacionalidad, estado civil puede considerarse conductas.
- El acto sólo es humano; sólo el hombre es el sujeto activo del delito.

- El acto humano debe tener un contenido de voluntad; es decir no se penan los actos involuntarios del hombre”<sup>11</sup>.

“Modalidades del acto:

Se manifiesta mediante estas dos formas: Acción y omisión.

La acción: Se manifiesta como un movimiento humano externo, que causa un resultado dañoso, de esa manera se incumple con una norma prohibitiva, con una obligación de no hacer.”<sup>12</sup>

“Se llama acción a todo comportamiento dependiente de la voluntad humana, ya que sólo el acto voluntario puede ser relevante para el derecho penal y la voluntad implica siempre una finalidad.

La dirección final de la acción se realiza en dos fases:

- Una fase interna: En la que sucede en el pensamiento del autor y se propone anticipadamente a la realización de su fin. Pero aquí también se realizará el análisis de los medios necesarios para que se lleve a cabo este fin; y asimismo tendrá que considerar los efectos concomitantes que van unidos a los medios elegidos y a la consecución del fin que se propone, ya que también estos efectos concomitantes también pertenecen a la acción.
- Una fase externa: en la que una vez propuesto el fin y los medios para su realización y ponderados los efectos concomitantes; el autor procede a la realización de su plan en el mundo externo, procurando alcanzar con su meta propuesta.

La valoración penal puede recaer sobre cualquiera de estas fases de la acción, una vez que ésta se ha realizado en el mundo externo. Puede suceder que el fin principal sea irrelevante penalmente y que lo importante sean los efectos concomitantes o los medios seleccionados para realizarlo.

---

<sup>11</sup>RÉGIMEN PENAL ECUATORIANO, Ediciones legales. Pág. 90

<sup>12</sup>RÉGIMEN PENAL ECUATORIANO, Ediciones legales. Págs. 83 - 90

~ Acción y Resultado:

Al realizarse en el exterior la acción siempre modifica algo, produciendo un resultado.

La distinción de acción como simple manifestación de voluta, y resultado como consecuencia externa derivada de la manifestación de voluntad, tiene gran importancia para el derecho penal, ya que en algunos casos el legislador castiga la simple manifestación de voluntad como sucede en los delitos de injurias; y en otros castiga también el resultado derivado de ella, como sucede en el homicidio. En éste último se exige la relación de causalidad entre la acción y el resultado; es decir una relación que permita, ya en el ámbito objetivo, la imputación del resultado producido por el autor de la conducta que lo ha causado. De acuerdo con este principio antes de imputar un resultado a determinada acción, es necesario establecer la relación de causalidad entre ambos.

Como conclusión:

- ~ Todo acto incluye un resultado; y
- ~ Entre acto y resultado debe haber una relación de causalidad

La Omisión:

Se manifiesta como un acto voluntario de no hacer algo, que debía haberse hecho y que se exterioriza con un resultado lesionador de un bien jurídico, que no se hubiera producido si se actuaba.

La Ausencia de Acción:

El derecho penal sólo se ocupa de acciones voluntarias, es por eso que no habrá sanción penalmente relevante cuando falte la voluntad; y esto sucede por tres causas:

- **Fuerza irresistible:** Es un acto de fuerza proveniente del exterior que actúa materialmente sobre el agente.
- **Movimientos reflejos:** Así como las convulsiones epilépticas o los movimientos instintivos de defensa no constituyen acción, ya que el movimiento no está controlado por la voluntad. El estímulo del mundo exterior es percibido por los centros sensores que lo transmiten, sin intervención de la voluntad, directamente a los centros motores.
- **Estados de inconsciencia:** También falta la voluntad en los estados de inconsciencia, tales como el sueño, la embriaguez, el sonambulismo, en éstos casos los actos que se realizan no dependen de la voluntad, y por consiguiente no pueden considerarse acciones penalmente relevantes.”<sup>13</sup>

#### **1.6. “La tipicidad:**

El acto típico, consiste en la identificación plena de la conducta humana con la hipótesis prevista y descrita en la ley.

Funciones:

- a. Sirve para la aplicación del principio de legalidad, el cual prevé que no hay delito sin ley previa, a través de ella se va a señalar cuál es la conducta prohibida, con todos sus elementos y requisitos descriptivos y normativos necesarios, para de esa manera tener el conocimiento que tal conducta corresponde a un delito.
- b. Delimita el acto y se relaciona estrechamente con la antijuridicidad, ya que la tipicidad es un indicio de antijuridicidad. No siempre el acto típico será antijurídico pero si encierra una presunción de antijuridicidad, la tipicidad es puramente descriptiva más no es valorativa.

---

<sup>13</sup>MUÑOZ CONDE FRANCISCO, “Derecho penal. Parte general”. Editorial Tirant Blanch. Págs. 242, 243, 248 – 250, 257-259.

c. La tipicidad tiene una función procesal que es la comprobación de la tipicidad de una conducta, el cual es un requisito básico para iniciar y continuar el proceso penal.

Ahora bien de acuerdo con la doctrina de los finalistas dentro de la tipicidad subjetiva encontraremos al dolo y a la culpa, consecuentemente, dentro de este acápite es necesario referirnos a estos dos conceptos:

a) El dolo.- El Código en su art. 14 la define como el designio de causar daño, agrega que la infracción dolosa es intencional cuando produce un daño previsto y querido por el sujeto activo.

En la estructura del dolo existen dos elementos que deben ser tomados en cuenta para su comprobación: el conocimiento o conciencia y la voluntad.

~ Conocimiento: la persona que actúa dolosamente debe tener conciencia de los hechos que ejecuta (acciones u omisiones) y debe representarse mentalmente el resultado delictivo que esos hechos son capaces de producir. Para que exista dolo el sujeto activo debe conocer también que su acto es antijurídico, o que lesiona un bien que tiene una especial protección legal.

~ Ánimo o voluntad.- no basta que la persona tenga conciencia de los hechos que realiza y que se haya representado su resultado; es preciso también que esa persona haya dirigido voluntariamente su acto a obtener ese resultado.

b) La culpa.- El art. 14 de nuestro Código define a la infracción culposa como el acontecimiento que “pudiendo ser previsto pero no querido por el agente, se verifica por causa de negligencia, imprudencia impericia o inobservancia de la ley”.

~ Producción de un resultado previsible pero no querido: Mientras que en el dolo se busca o se acepta el resultado, aquí el resultado que era previsible se rechaza.

~ Voluntad de realizar el acto: El ánimo o voluntad del sujeto activo está dirigido a realizar el acto, que en sí mismo no significa aceptar un resultado dañoso. Según el art. 32 de nuestro Código que dice: Nadie podrá ser reprimido si el acto no hubiere sido realizado con ciencia y voluntad. Es decir hay en la culpa una voluntad dirigida exclusivamente hacia el acto, pero no hacia el resultado.

~ Falta del deber de atención y cuidado: al no haber intención dirigida hacia el daño, la sanción para este tipo de delitos es más leve.

## Formas de la culpa:

- ~ Negligencia.- Se produce el resultado dañoso, que pudo haberse evitado con una actitud diligente.
- ~ Imprudencia.- se manifiesta en actos realizados con ligereza y sin considerar riesgos, que así mismo causan daños a terceros.
- ~ Impericia.- es una forma de culpa que se da en el ejercicio de ciertas profesiones o actividades que requieren de conocimientos o destrezas especiales.
- ~ Inobservancia de la ley.- Se produce cuando la violación de normas legales, realizadas sin intención de causar daño, lo han causado.

## Elementos:

### a. Núcleo:

Es el elemento central de la tipicidad, ya que determina y delimita el acto ejecutado por una persona.

Suele fijarse en la ley mediante un verbo en infinitivo como: matar (homicidio), herir (lesiones), sustraer (hurto y robo), etc. En otras ocasiones mediante un sustantivo como: acceso carnal (violación), faltar a la verdad (perjurio), etc.

### b. Referencias al sujeto activo:

En muchos tipos legales el sujeto activo puede ser cualquier persona; sin embargo en ciertos delitos se exige que el sujeto activo tenga ciertas calidades, sin las cuales el delito no existe:

- ~ El ser funcionario público ---- peculado, cohecho, concusión;
- ~ El ser juez----- prevaricato;
- ~ El ser ecuatoriano----- traición;
- ~ El tener con el sujeto pasivo una relación de parentesco o matrimonio----- parricidio;

~ El estar casado----- bigamia.

c. Referencias al sujeto pasivo:

En la mayoría de delitos el sujeto pasivo puede ser cualquier persona; sin embargo en ciertos delito se exige que el sujeto pasivo tenga ciertas calidades, para que haya tipicidad:

~ Presidente de la República----- Desacato;

~ Ser niño recién nacido ----- infanticidio por causa de honor;

~ Ser mujer honesta menor de edad ----- Estupro;

~ Ser menor de catorce años ----- Violación calificada.

d. Referencias al objeto material:

~ Cosa mueble ajena----- hurto y robo;

~ Ganado---- abigeato;

~ Bien inmueble---- usurpación;

~ Monedas, billetes, sellos, documentos públicos y privados ----- falsedades;

~ Sustancias estupefacientes y sicotrópicas ----- tráfico de drogas;

~ Dineros públicos y privados que estén en poder del sujeto activo en virtud de su cargo ----- peculado.

e. Referencias a los medios:

~ Violencia o amenaza sobre las personas o fuerza en las cosas----- robo;

~ Violencia, amenazas o intimidación ----- violación;

~ Seducción o engaño----- estupro;

~ Engaño ----- estafa;

~ Amenazas de imputaciones contra el honor ----- chantaje.

f. Referencias al tiempo, lugar o la ocasión:

- ~ Tiempo de guerra ---- traición;
- ~ Domicilio de un habitante ----- allanamiento;
- ~ Lugar despoblado y solitario ----- abandono de niños; y
- ~ Al declarar, informar o confesar ----- falso testimonio y perjurio.

g. Elementos normativos:

- ~ Que sea ilegal y arbitrario ----- detención ilegal;
- ~ Fuera de los casos previstos por la ley ----- allanamiento;
- ~ Sin título legítimo ----- usurpación de funciones.”<sup>14</sup>

h. Elementos subjetivos: Dolo y la culpa, que si bien fueron referidos en el pasado, conviene realizar la siguiente puntualización:

- Dolo:

“Toda acción consciente es conducida por la decisión de la acción, es decir por la conciencia de lo que se quiere y por la decisión al respecto de querer realizarlo. Ambos momentos, tanto el intelectual, el cual comprende el conocimiento de todas las circunstancias objetivas del hecho del tipo legal; como el volitivo, el cual consiste en la voluntad incondicionada de realizar el tipo. El querer condicionado, es decir aquel aún no decidido, no es todavía dolo de ningún modo; ambos son factores configurantes de una acción típica real, que forman el dolo.

La acción objetiva es la ejecución adecuada del dolo. Esta ejecución puede quedar detenida en sus comienzos: en la tentativa; en este caso el dolo va más allá de lo que se logra alcanzar. Si la decisión al hecho es ejecutada adecuadamente hasta el término, el hecho está consumado. En este caso el hecho total no sólo ha sido requerido

---

<sup>14</sup>RÉGIMEN PENAL ECUATORIANO, Ediciones legales. Págs. 101 - 110

dolosamente, sino también ejecutado dolosamente. Aquí, el dolo es un elemento fina de la acción, en todo su contenido.

El dolo como mera resolución es penalmente irrelevante, ya que el Derecho penal no puede alcanzar el puro ánimo. Sólo en los casos en que conduzca a un hecho real y lo gobierne, pasa a ser penalmente relevante. El dolo penal tiene siempre dos dimensiones: la voluntad tendiente a la realización típica, y también la voluntad capaz de la realización del tipo. Es por ello que se define al dolo como conciencia del hecho y resolución al hecho.

El objeto del dolo es la realización de tipo objetivo de un delito, el dolo presupone que el autor se asigne a una posibilidad de influir sobre el acontecer real, ya que el querer en derecho penal es la voluntad de realización referente al tipo de un delito, por lo tanto “querer”, en materia penal no significa tener o alcanzar, sino el “querer realizar”.<sup>15</sup>

Nuestro Código Penal regula a la infracción dolosa, culposa, intencional y preterintencional, en su art. 14 y dice:

“La infracción es dolosa o culposa:

La infracción dolosa, que es aquella en que hay designio de causar daño, es:

Intencional, cuando el acontecimiento dañoso o peligroso, que es el resultado de la acción o de la omisión de que la ley hace depender la existencia de la infracción, fu previsto y querido por el agente como consecuencia de su propia acción u omisión; y,

Preterintencional, cuando de la acción u omisión se deriva un acontecimiento dañoso o peligroso más grave que aquel que quiso el agente.

---

<sup>15</sup>DERECHO PENAL ALEMAN, WELZEL Hans, Parte general 12° Edición, 3° Edición Castellana, Editorial Jurídica de Chile, pág. 94.

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 la ley, reglamentos u órdenes.”

- Culpa:

“Es la segunda forma de vinculación con el acto, y en ella falta la intención de causar daño a diferencia del dolo es por ello que en estos casos, se sancione a las personas porque incumplen a un deber: el de actuar con el necesario cuidado, con la diligencia indispensable, para evitar que sus actos causen daños a las personas o a la comunidad.

Por esta razón la culpa sólo es punible en forma excepcional y las penas son más leves. Esto quiere decir que no todos los delitos tienen una modalidad culposa. Los casos más frecuentes se refieren a los delitos contra las personas a las cuales se afecta en su vida o salud, u otros bienes jurídicos de gran importancia; o en otros como las infracciones de tránsito por ejemplo.”<sup>16</sup>

- La preterintención:

“En principio, las únicas formas de imputación existentes en Derecho penal son la dolosa y el imprudente; todo lo que no sea atribuible a dolo o a imprudencia debe ser excluido del ámbito del Derecho penal e, incluso de lo típicamente relevante. Toda producción de un resultado que no se deba, al menos, a un comportamiento imprudente debe estimarse como fortuita y excluirse;

Sin embargo la responsabilidad objetiva del ámbito del Derecho penal es también una consecuencia de la función motivadora de la norma penal, que sólo puede motivar a los

---

<sup>16</sup>RÉGIMEN PENAL ECUATORIANO, Ediciones legales, pág. 138.

ciudadanos para que se abstengan de realizar acciones que puedan producir resultados previsibles y evitables.

De acuerdo con el principio *versari in re illicita*, bastaba con que se iniciara la ejecución de un acto ilícito para que se imputase a su autor el resultado producido, aunque dicho resultado fuese fortuito y totalmente alejado de la finalidad y de la previsibilidad del sujeto. La responsabilidad por el resultado se vinculaba, por tanto, a un inicial hecho ilícito, generalmente un delito doloso, aunque podía ser imprudente; de esta manera, una vez iniciado el hecho ilícito básico, el autor respondía de todas sus consecuencias, aunque fueren fortuitas.

Una consecuencia de la responsabilidad objetiva eran también los delitos cualificados por el resultado, en los que bastaba que el resultado cualificante se produjera como consecuencia de un delito inicial doloso, como por ejemplo el abandono de un menor con resultado de muerte.

La preterintencionalidad es una forma encubierta de responsabilidad por el resultado que se dio.<sup>17</sup>

i. “Condiciones o requisitos objetivos:

- ~ La auditoría de la Contraloría para establecer enriquecimiento injustificado;
- ~ La sentencia de nulidad del matrimonio ----- rapto;
- ~ La calificación de una acusación como maliciosa ---- injurias calumniosas;
- ~ La calificación de la quiebra ----- quiebra dolosa o fraudulenta; y,
- ~ El suicidio tentado o consumado ----- auxilio al suicidio.

---

<sup>17</sup>DERECHO PENAL PARTE GENERAL, Muñoz Conde Francisco, 4ta edición, editorial Tirant Blanch, Valencia 2000, págs.: 333- 335.

Figuras penales:

De una figura básica (la tipicidad mínima requerida), se desprenden figuras agravadas (se agregan a la figura básica otros elementos que la vuelven más grave), o figuras atenuadas (se agregan a la figura otros elementos que la vuelven menos grave).

Por ejemplo:

El homicidio: matar a otro ---- figura básica.

De esta figura se desprenden:

El parricidio----- figura agravada: matar a otro + vínculo de parentesco o matrimonio entre el sujeto activo y el sujeto pasivo + elemento subjetivo: a sabiendas y voluntariamente.

Infanticidio----- figura atenuada: matar a otro + vínculo de parentesco entre el sujeto activo y el sujeto pasivo + elemento subjetivo: a causa de honor.

Ausencia de tipicidad:

Si una conducta no está tipificada en la ley es penalmente irrelevante; sin embargo hay situaciones en las que cabe duda y merecen ser esclarecidas:

~ Una conducta parece cumplir con todos los elementos de la tipicidad. Sin embargo falta alguno de ellos, que en su primer momento se creía que estaba presente:

Ej.: La calidad de funcionario o empleado público que algunos delitos exigen.

Es o no ajena la cosa sustraída.

Es honesta o no la mujer que dice ha sido víctima de estupro.

~ Una conducta presenta evidentes características de antijuridicidad, pero la ley no la ha descrito entre las conductas penalmente sancionadas. Existen conductas que pueden ser antijurídicas, sin embargo al código penal le interesan aquellas que son típicas, es decir previstas por tal código.

## 1.7 La antijuridicidad:

Se refiere a aquella conducta contraria al orden jurídico, el acto antijurídico penal se dará en todos aquellos casos en que la conducta humana vulnere un derecho reconocido por parte del estado y al cual se ha dado protección penal. En definitiva cuando se lesiona un bien jurídico.

La tipicidad y antijuridicidad no pueden confundirse, aunque la tipicidad es un indicio de antijuridicidad, puede darse el caso que una conducta típica no sea antijurídica, como cuando se presenta una de las causas de justificación que se halla legitimada por el propio ordenamiento jurídico.

Las causas de justificación son conocidas como:

La legítima defensa:

Es aquel acto de defensa que causa un daño al agresor; es decir tiene que existir un doble proceso: una agresión y una defensa.

Características de la agresión:

1. Debe ser real: Ya que en la práctica una persona cree ser agredida y se defiende bajo este supuesto.
2. Debe ser actual: Es decir debe haber una continuidad entre la agresión y la defensa.
3. Debe ser ilegítima: Es decir que el agredido no esté jurídicamente obligado a soportarla.”<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup>RÉGIMEN PENAL ECUATORIANO, Ediciones legales. Págs. 101 - 110

“La antijuridicidad puede ser:

- Formal.- Contradicción entre una acción y el ordenamiento jurídico.
- Material.- Contradicción entre una acción y el ordenamiento jurídico, que tiene un contenido material, reflejado en la ofensa del bien jurídico protegido.

La esencia de la antijuridicidad es por consiguiente la ofensa a un bien jurídico protegido por la norma que se infringe con la realización de la acción.”<sup>19</sup>

“Estado de necesidad:

Es una causa de justificación tratada por la doctrina y establecida en las legislaciones desde épocas muy antiguas.

Concepto.- es una situación de peligro de un bien jurídico que sólo puede salvarse mediante la lesión de otro bien jurídico.

El estado de necesidad surge como consecuencia de circunstancias fortuitas que originan una situación de peligro, frente a la cual el necesitado actúa lesionando un bien ajeno.

De acuerdo con el art. 24 del Código penal que dice: “no se impondrá ninguna, al que en la necesidad de evitar un mal, ejecuta un acto que produzca un daño en la propiedad ajena, siempre que sea real el mal que se haya querido evitar, que sea mayor que el causado para prevenirlo, y que no haya habido otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.”

La doctrina moderna considera al estado de necesidad como una causa objetiva de justificación, lo cual significa que el necesitado obra legítimamente, es decir, tiene derecho a actuar de esa manera. Se ha encontrado ese criterio para conducir a la legitimación de la salvaguarda del bien material mayor, sacrificando el de menor valor.

---

<sup>19</sup>MUÑOZ CONDE FRANCISCO, “Derecho penal. Parte general”. Editorial Tirant Blanch. Págs. 341-343.

Requisitos:

Debe ser real.- pues de no serlo, se estaría en un caso de estado de necesidad putativo, que se debe resolver en la misma forma de la defensa putativa.

Debe ser actual o inminente.- debe haber una continuidad temporal entre el peligro y el acto que lo evita, de lo contrario la necesidad desaparecería.

Que el mal evitado sea mayor que el causado.- la desproporción entre los bienes jurídicos que entran en colisión es lo que justifica que se sacrifique uno de ellos para salvar el otro.

Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial.- debe ser apreciado por el propio necesitado de una manera razonable.

Obediencia debida:

Se trata de una manifestación específica del mandato de la ley. Con esta situación queda justificada la conducta de quienes se amparan en las disposiciones de la ley para realizar determinados actos, es decir se refiere a quienes reciben órdenes emanadas de autoridad y de conformidad con la ley y en el cumplimiento de esas órdenes, lesionan un determinado bien.

De acuerdo con el art. 18 del código penal que dice: “No hay infracción cuando el acto está ordenado por la ley, o determinado por resolución definitiva de autoridad competente, o cuando el indicado fue impulsado a cometerlo por una fuerza que no pudo resistir”.

Requisitos:

Que haya, entre superior que ordena e inferior que obedece, una relación jerárquica de orden público, pues ésta es la única relación que puede dar lugar a ésta causa.

Que la orden esté dada dentro de las atribuciones legítimas del superior.

Que la orden sea expedida y comunicada con las formalidades legales, esto es en la forma prescrita por las leyes, los reglamentos o la costumbre establecida.

Ahora bien, encontramos en el Código penal disposiciones contenidas en el art. 250, el cual establece dentro de la administración pública, el delito de desobediencia inferior que difiere la ejecución de una orden del superior. Sin embargo, en el mismo artículo se establece que el inferior podrá representar acerca de la orden del superior, es decir, objetarla en varios casos:

Cuando la orden es contraria a la Constitución,

Cuando haya sido comunicada sin las formalidades legales;

Cuando haya un motivo para dudar de su autenticidad;

Cuando haya sido obtenida con engaño;

Cuando haya sido dada contra la ley o en perjuicio de terceros; y,

Cuando de la ejecución deriven males que el superior no pudo prever.”<sup>20</sup>

### **1.8 “La culpabilidad:**

Una vez comprobado que un acto es típico y antijurídico el único elemento que falta para determinar la existencia de un delito es la culpabilidad, y éste elemento subjetivo consiste en la voluntad a la que dirige el acto, el sujeto activo.

“Culpabilidad es “reprochabilidad” de la configuración de la voluntad. Toda culpabilidad es según esto “culpabilidad de la voluntad”. Sólo aquello respecto de lo cual el hombre puede algo voluntariamente, le puede ser reprochado como culpabilidad. Así en cuanto a sus facultades y predisposiciones todo aquello que el hombre es, sólo aquello que él

---

<sup>20</sup>RÉGIMEN PENAL ECUATORIANO, Ediciones legales, págs. 118-120, 123-124.1.

hace con ellas o cómo las pone en movimiento en comparación con lo que hubiera podido o debido hacer con ellas, le puede ser tomado como “mérito” o reprochado como “culpabilidad”.

La culpabilidad es la posibilidad de autodeterminación del libre autor, es decir su capacidad de culpabilidad o imputabilidad, que existe en la situación, independientemente de si el actor actúe o no conforme a derecho o antijurídicamente. Pero la reprochabilidad presupone además de que el autor capaz de culpabilidad respecto del hecho concreto habría podido estructurar en lugar de la voluntad antijurídica de acción una conforme a derecho: ese es el caso cuando ha reconocido lo injusto de su hecho o a podido reconocerlo.

El objeto del reproche de la culpabilidad es la voluntad de acción antijurídica, ésta le es reprochada al autor en la medida en que podía poner conciencia de la antijuridicidad de la acción y ella podía convertirse en contramotivo determinante del sentido.

En los delitos culposos se permite una atenuación adecuada a la menor medida de reprochabilidad, dado que el entorpecimiento de la capacidad general de actuar conforme a derecho atenúa la reprochabilidad y la pena, tiene que seguir el mismo principio cuando a consecuencia de un desconocimiento evitable de la prohibición, fue dificultada la posibilidad concreta de actuar conforme a derecho.

Teorías sobre la culpabilidad:

1. Concepción psicológica de la culpabilidad:

La culpabilidad consiste en la atribución psicológica del acto a una persona determinada. Hay que analizar entonces su personalidad a través de dos factores: su conciencia y voluntad. Es decir, su capacidad de conocer y apreciar los hechos y su capacidad de optar por una u otra alternativa. Por lo tanto no es suficiente que una persona sea la autora material de un hecho; hace falta también que se le pueda hacer responsable psicológicamente de ese acto.

## 2. Concepción normativa de la culpabilidad:

Esta teoría plantea que en función de las normas que la persona tiene ante sí y de los motivos que lo impulsaron a violar con su conducta tales normas.

Esto concluye que la culpabilidad no sólo es un problema de conciencia y voluntad sino también de motivación.

### ➤ La imputabilidad:

En el orden jurídico penal, es la posibilidad de atribuir a una persona la culpabilidad penal, es decir es la capacidad que tiene una persona de realizar actos por los cuáles se le puede formular un reproche de carácter penal.

El fundamento de la imputabilidad radica en la libertad moral, en el libre albedrío, es decir será imputable el hombre que es moralmente libre y capaz de decidirse entre el cumplimiento de la ley y su violación. Para ello deberá tener inteligencia y voluntad, suficiente para conocer y decidir.

Nuestro Código en el art. 32 dice que: nadie puede ser reprimido penalmente si no hubiere cometido al acto con voluntad y conciencia.

Causas de inimputabilidad:

- ~ Minoría de edad.
- ~ Perturbación mental. Debido a enfermedades mentales.
- ~ Trastorno mental transitorio.
- ~ Sordomudez.
- ~ La embriaguez y toxicomanía<sup>21</sup>

### ➤ Itercriminis:

---

<sup>21</sup>DERECHO PENAL ALEMAN, WELZEL Hans, Parte general 12° Edición, 3° Edición Castellana, Editorial Jurídica de Chile, pág. 198.

Ahora bien, una vez que hemos analizado a breves rasgos lo que es el delito desde la óptica de su teoría general, es menester nos refiramos brevemente a lo que supone el itercrimnis, el camino de la infracción, tema que así mismo se detallado en líneas posteriores de forma lacónica por no ser el tema central del presente trabajo.

“Es entonces que el Itercrimnis, en primer lugar es una locución latina, que significa "camino del delito", utilizada en derecho penal para referirse al proceso de desarrollo del delito, es decir, las etapas que posee, desde el momento en que se idea la comisión de un delito hasta que se consuma.

Por lo tanto, el itercrimnis es un desarrollo dogmático, creado por la doctrina jurídica, con idea de diferenciar cada fase del proceso, asignando a cada fase un grado de consumación que permita luego aplicar las diferentes penas.

El itercrimnis o camino del delito son las diferentes fases que atraviesa una persona desde que en su mente se produce la idea de cometer un delito hasta que efectivamente lo lleva a cabo. Lo importante de estas fases es diferenciar cuál de ellas es relevante para el Derecho Penal. Diferenciamos por tanto dos fases: fase interna y fase externa del camino del delito

En cuanto a la fase interna del delito, es aquella que se sucede dentro de la mente del autor, y no puede ser en ningún caso objeto del Derecho Penal, porque es necesaria la exteriorización mediante acciones u omisiones de ese hecho delictivo. Todo ello se basa en el principio “cogitationis poena nemo patitu”, o lo que es lo mismo, con el pensamiento no se delinque, reflejado en el art. 25.1 de la Constitución Española y del consagrado en el Art. 10 Código Penal.

En cuanto a la fase externa es la materialización de la idea, y que ya si puede en esta fase intervenir el Derecho Penal. El problema en este caso es determinar a partir de qué momento nos encontramos ante una acción u omisión punible, y para ello la doctrina ha diferenciado dos grandes grupos, los actos preparatorios y los actos ejecutivos.”<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> [http://es.wikipedia.org/wiki/Iter\\_criminis](http://es.wikipedia.org/wiki/Iter_criminis)

## **CONCLUSIONES:**

A manera de conclusión en este primer capítulo, es importante recalcar que entendemos por delito, el mismo que tiene varias connotaciones; sin embargo la que considero más acertada parafraseando lo que Francisco Carrara dice: delito es la infracción de nuestro ordenamiento jurídico, el cual ha sido tipificado con el objetivo de proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de la acción del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y socialmente dañoso.

Ya que el ordenamiento jurídico quiere sancionar con pena conductas intolerables para la vida en comunidad; sin embargo por su carácter general no permite reconocer qué conducta en particular debe estar prohibida, ni el ciudadano puede saber qué debe hacer u omitir, ni el juez puede distinguir que es lo que debe castigar. Es por ello que el ordenamiento jurídico debe concretar sus disposiciones penales, es decir, tienen que circunscribir objetivamente la conducta que prohíbe como, es por ello que es importante establecer una definición, estructura, clasificación, del delito en general pues sólo gracias a éstas especificaciones concretas de la materia de la prohibición se satisface la exigencia del principio *nulla poena sine lege*.

Ahora, desde el punto de vista jurídico, el delito es toda conducta que el legislador sanciona con una pena. Esto es una consecuencia del principio mencionado en líneas anteriores "*nullum crimen sine lege*", el cual impide considerar delito toda conducta que no caiga en los marcos de la ley penal.

Es importante también establecer en este capítulo también el *itercriminis* o camino del delito el cual consiste en las diferentes fases que atraviesa una persona desde que en su mente se produce la idea de cometer un delito hasta que efectivamente lo lleva a cabo.

## **CAPÍTULO II**

### **EL DELITO DE PECULADO EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.**

#### **INTRODUCCIÓN:**

En el siguiente capítulo me referiré más concretamente al delito de peculado, a través de su definición, historia y regulación en nuestro derecho penal; además es importante establecer un antecedente sobre los delitos en contra de la administración pública los cuales existen en gran variedad dentro de la normativa penal de nuestro ordenamiento jurídico y que por lo mismo van a ser sancionados de distintas formas.

#### **2.1 Principales delitos contra la existencia y la seguridad del estado:**

Previo a analizar el delito de peculado propiamente dicho, es importante revisar algunas figuras delictivas referentes a la administración pública, de manera lacónica y extremadamente concreta.

- “La concusión explícita:

Se refiere a la conducta del empleado oficial que, abusando de su cargo o de sus funciones, constriña a alguien a dar o prometer al mismo empleado o a un tercero, dinero o cualquiera otra utilidad indebidos.

El sujeto activo, es el empleado oficial y el sujeto pasivo, es la persona constreñida a dar o prometer.

El temor es lo que lleva al sujeto pasivo a dar lo que se le exige, pero es necesario que ese miedo no sea por causa física, sino temor producido por la calidad de empleado oficial o de las funciones a él encomendadas.

- Concusión implícita:

Se refiere a este delito cuando el empleado oficial no constriñe, sino que induce a otro a dar o prometer dinero o cualquier otra utilidad indebidos, abusando del cargo como de la función.

El sujeto activo se vale de medios persuasivos idóneos para mover la voluntad del otro sin violentarla, con sugerencias o insinuaciones o engendrando error en la víctima. Pero para que ésta se presente se hace necesario que la persona haga valer su calidad de empleado o funcionario o las funciones que ejerce, pues si el inducido las desconoce no podría hablarse de delito contra la administración pública, sino otra infracción.

- El tipo penal de concusión en el código penal ecuatoriano:

Art. 254 del Código penal: “Los empleados públicos o las personas encargadas de un servicio público que se hubieren hecho culpables de concusión, mandando percibir, exigiendo o recibiendo lo que sabían no era debido por derechos, cuotas, contribuciones, rentas o intereses, sueldos o gratificaciones, serán reprimidos con prisión de dos meses a cuatro años”.

Es por ello, que consideramos al delito de concusión en la percepción ilegal e ilícita por parte de los funcionarios públicos, de lo que no es debido y dentro de esto están los regalos, dineros, canastillas, ofertando a trabajar con ellos a dependencias y diferentes presentes, con el objeto de favorecer o desfavorecer a alguien. En este tipo penal se

lesiona el bien jurídico que es el trato igualitario y no preferente, a cambio de paga, de todos y cada uno de los usuarios de un servicio público.

Es de notar que en el tipo penal de concusión no aparece en forma clara que quien entrega tales gratificaciones también sea sujeto activo de la infracción; en consecuencia es de entender, para no aplicar analogías prohibidas en la interpretación de la ley penal, que el sujeto activo de concusión es siempre el funcionario, servidor o encargado de un servicio público que recibe tales pagos o gratificaciones.

- Del cohecho:

Se entiende por cohecho, la conducta del empleado oficial que recibe para sí, o para un tercero, dinero u otra utilidad, o acepte promesa remuneratoria para ejecutar un acto contrario a los deberes oficiales o para retardar u omitir un acto propio del cargo.

- El cohecho impropio:

Consiste en que el empleado oficial recibe el dinero o acepta la promesa remuneratoria por acto que debe ejecutar en el desempeño de sus funciones. En esta forma el cohecho ofrecido debe ser de aquéllos a que el empleado está obligado en el desempeño de sus funciones. Si el acto ofrecido no es competencia de quien lo ofrece, sino de otro funcionario podrá haber complicidad en el cohecho del tercero o incurrirse en el tráfico de influencias.

- Cohecho por dar o recibir:

En este caso el objeto del cohecho será el funcionario o empleado oficial que recibe o acepta dinero u otra utilidad, también el que dé y ofrezca estos donativos.

Con cualquiera de estos fines:

- ~ Para que retarde u omita un acto propio de su cargo o para ejecutar uno contrario a sus deberes oficiales.
  - ~ Por acto que deba ejecutar en el desempeño de sus funciones.
  - ~ Sin ninguna necesidad manifiesta siempre que el donante tenga interés en algún asunto sometido al conocimiento del empleado que recibe el regalo”<sup>23</sup>.
- o El cohecho en el Código Penal Ecuatoriano:

De conformidad con el art. 285 del Código Penal que dice: “Todo funcionario público y toda persona encargada de un servicio público que aceptaren oferta o promesa, recibieren dones o presentes, para ejecutar un acto de su empleo u oficio, aunque sea justo, pero no sujeto a retribución, serán reprimidos con Norteamérica, a más de la restitución del duplo de que hubieren percibido”.

Ahora bien, de acuerdo con nuestro Código Penal, existen también otras clasificaciones, los cuales son:

Art. 286.- Todo funcionario público y toda persona encargada de un servicio público que, por ofertas o promesas aceptadas, por dones o presentes recibidos, hubieren ejecutado, en el ejercicio de su cargo, un acto injusto, o se hubieren abstenido de ejecutar un acto que entraba en el orden de sus deberes, serán reprimidos con tres a seis años de reclusión menor y con multa de ciento a quinientos sucres, a más del triple de lo que hayan percibido.

Art. 287.- El culpable será condenado a reclusión mayor de cuatro a ocho años y multa de ciento a mil sucres, si ha aceptado ofertas o promesas, o recibido dones o presentes por cometer, en el ejercicio de su cargo, un delito.

---

<sup>23</sup>DERECHO PENAL ALEMAN, WELZEL Hans, Parte general 12° Edición, 3° Edición Castellana, Editorial Jurídica de Chile, pág. 200.

Art. 288.- El juez, el árbitro o componedor, el jurado que se hubiere dejado cohechar o sobornar serán reprimidos con cuatro a ocho años de reclusión mayor y privación del ejercicio de la abogacía, en su caso.

Art. 289.- El juez, el árbitro o el jurado culpados de cohecho serán condenados, a más de las penas arriba mencionadas, a una multa igual al triple del dinero o valor de la recompensa. En ningún caso esta multa podrá ser menor de cincuenta sucres.

Art. 290.- Los que hubieren compelido por violencias o amenazas, corrompido por promesas, ofertas, dones o presentes, a un funcionario público, a un jurado, árbitro o componedor, o a una persona encargada de un servicio público, para obtener un acto de su empleo u oficio, aunque fuera justo, pero no sujeto a retribución, o la omisión de un acto correspondiente al orden de sus deberes, serán reprimidos con las mismas penas que el funcionario, jurado, árbitro o componedor culpados de haberse dejado cohechar.

Art. 291.- No se restituirán al corruptor, en ningún caso, las cosas entregadas por él, ni su valor; y serán comisadas y puestas a disposición del Presidente de la República, para que las destine a los establecimientos de asistencia pública que juzgue conveniente.

- Del tráfico de influencias:

“Es una conducta en virtud de la cual una persona que, por precio, ofrezca servir de intermediario entre el interesado en obtener determinada solución y el empleado oficial que esté conociendo o vaya a conocer de algún asunto o a intervenir como testigo, perito, intérprete, liquidador.

- Otras figuras delictivas que interesan a la administración:

Del enriquecimiento ilícito: Comete delito contra la administración pública el empleado oficial, que por razón de sus funciones obtenga incremento patrimonial no justificado, siempre que el hecho no constituya otro delito”<sup>24</sup>.

~ Tipo penal: Art. (296.1).- Constituye enriquecimiento ilícito el incremento injustificado del patrimonio de una persona, producido con ocasión o como consecuencia del desempeño de un cargo o función pública, generado por actos no permitidos por las leyes, y que, en consecuencia, no sea el resultado de ingresos legalmente percibidos.

Art. (296.2).- El enriquecimiento ilícito se sancionará con la pena de uno a cinco años de prisión y la restitución del duplo del monto del enriquecimiento ilícito, siempre que no constituya otro delito.

Art. (296.3).- Son aplicables los dos artículos innumerados anteriores a quienes como funcionarios o empleados, manejen fondos de los Bancos Central, del Sistema de Crédito de Fomento y Comerciales y del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

~ Del prevaricato: Prevarica el empleado oficial que profiere resolución o dictamen manifiestamente contrario a la ley. Se sancionara la dolosa violación de la ley de los funcionarios.

De acuerdo con nuestro Código penal:

Art. 277.- Son prevaricadores y serán reprimidos con uno a cinco años de prisión:

1. Los jueces de derecho o árbitros juris que, por interés personal, por afecto o desafecto a alguna persona o corporación, o en perjuicio de la causa pública, o de un particular, fallaren contra ley expresa, o procedieren penalmente contra alguno, conociendo que no lo merece;

---

<sup>24</sup>DERECHO PENAL ALEMAN, WELZEL Hans, Parte general 12° Edición, 3° Edición Castellana, Editorial Jurídica de Chile, pág. 223.

2. Los jueces o árbitros que dieran consejo a una de las partes que litigan ante ellos, con perjuicio de la parte contraria;
3. Los jueces o árbitros que en la sustanciación de las causas procedieren maliciosamente contra leyes expresas, haciendo lo que prohíben o dejando de hacer lo que mandan;
4. Los empleados públicos de cualquier clase que, ejerciendo alguna autoridad judicial, gubernativa o administrativa, por interés personal, afecto o desafecto a alguna persona o corporación, nieguen, rehúsen o retarden la administración de justicia, o la protección u otro remedio que legalmente se les pida o que la causa pública exija, siempre que estén obligados a ello; o que, requeridos o advertidos en forma legal, por alguna autoridad legítima o legítimo interesado, rehusen o retarden prestar la cooperación o auxilio que dependan de sus facultades, para la administración de justicia, o cualquiera necesidad del servicio público;
5. Los demás empleados, oficiales y curiales que, por cualquiera de las causas mencionadas en el numeral primero, abusen dolosamente de sus funciones, perjudicando a la causa pública o a alguna persona; y,
6. Los jueces o árbitros que conocieren en causas en las que patrocinaron a una de las partes como abogados o procuradores.

## **.2. Historia del delito de peculado y malversación de fondos públicos:**

“En Roma se designó con el nombre de peculatus al hurto de las cosas muebles pertenecientes al Estado. Peculatus viene de pecus que significa ganado y se le dio este nombre porque antes de que se difundiera el uso del dinero, los animales destinados a los sacrificios constituían los bienes muebles más importantes entre los bienes públicos, y por lo tanto, el hurto de esa clase de bienes era el más importante dentro de la legislación romana.

Este delito de peculado revistió después, a través del tiempo diversas modalidades, como en la sustracción de metales o monedas del erario de la comunidad romana. Constituyó la forma más frecuente y más importante de este ilícito, también la apropiación por parte de los jefes militares del botín guerrero y su artificiosa o falsa evaluación, así como el acuñar más moneda pública que la autorizada, eran consideradas o tipificadas como delito de peculado.

En el derecho romano la palabra peculado se utilizó también para nombrar el delito que consiste en el hurto de dineros o cosas pertenecientes al pueblo romano, que se consideraban sacras, cometido por quien estuviese encargado de su administración, o por persona distinta. Posteriormente este título se reservó para el peculado propio que podía recaer sobre cualquier dinero o valor custodiado en el área pública, aunque no fuere del pueblo romano, sino de una ciudad u otra administración pública.

El delito consiste en dar a los dineros públicos un destino distinto del que tenían o en no anotar en los registros públicos la totalidad de lo recaudado y por esta razón se denominó crimen de residuus, y era sancionado con la interdicción del agua y del fuego, además de la pena pecuniaria correspondiente.

En el primitivo derecho romano la sustracción de dinero público se consideró digna de castigo a causa de la cosa sustraída, que se tenía por sagrada y por esto los reos de peculado fueron colocados en compañía de los sacrilegios, en cambio en el derecho cesáreo predominó el criterio de la traición a la confianza y de la facilidad para delinquir y de ahí nacieron las siguientes consecuencias:

~ El sujeto pasivo del peculado era únicamente el patrimonio del pueblo romano, que se consideraba sagrado u no de las propiedades de los municipios y de las ciudades que se consideraban privadas;

~ La sustracción del dinero del pueblo romano se tuvo como sacrílega y constituía peculado, aunque fuera cometida por un particular no ligado por su cargo a la fe pública.

~ También las cosas de las ciudades y de toda la administración pública eran sujeto pasivo de peculado, y;

~ Que la mayor severidad de las leyes penales debían reservarse contra los que se apoderaban del dinero público, abusando del cargo que se les fue confiado.

Luego el patrimonio del pueblo romano se designaba con el nombre de aerarium, mientras que el fisco se lo consideraba especialmente como el patrimonio del príncipe.

Respecto con la pena con que se castigó el peculado podemos señalar que era la interdicción del agua y del fuego, más tarde la sucedió la deportación y Teodosio impuso la pena de muerte aunque únicamente respecto a los funcionarios que tuvieran jurisdicción o mando y no para los simples administradores de caudales públicos.

Las partidas castigaron la malversación de los caudales del Rey y de los pertenecientes a villa y ciudades, la pena aplicable podía ser capital cuando la malversación constituía en un hurto propiamente dicho.

En las legislaciones modernas el peculado se considera como un hurto calificado y se lo somete a las penas conminadas contra éste, es decir trabajos forzados o reclusión temporal o cárcel, en los casos más leves, según las diversas escalas penales. Pero debe advertirse que mientras algunos Código penales contemporáneos equiparan exactamente, en cuanto a las penas, el hurto calificado y el peculado, y otros como el Gregoriano castiga más severamente, elevando un grado contra los malversadores la pena de trabajos forzados.”<sup>25</sup>

### **.3. El peculado. Definición:**

“Se entiende como un atentado de orden patrimonial en perjuicio del erario, cuando quien lo comete, tiene a su cargo la administración de caudales o efectos oficiales. La denominación del hecho se deriva del latín Peculatus y éste de Peculium, que significa caudal.

La Lex julia, fue la primera en tratar de él y refiriéndose a su contenido, el glosador Labeón definió al peculatus, como hurto del dinero público o sagrado cometido por quien lo conservaba, no por cuenta suya, frase que delimita las estructuras del hurto

---

<sup>25</sup>MANUAL DE PRACTICA PROCESAL EN LOS JUICIOS POR PECULADO, Dr. Gustavo Flores y Dr., José C. García Falconí, Segunda Edición, Quito – Ecuador, 1982. Págs. 57 – 61.

común, del peculatus y del abuso de confianza propio del particular y sobre bienes no estatales.

Nuestra legislación arranca del Código de 1837 y hasta el actual, que inició su vida jurídica el 28 de enero de 1981; es el delito que comete el funcionario encargado de administrar bienes, ya de propiedad del Estado o de los particulares, pero puestos bajo administración estatal, apropiándose de ellos o usándolos indebidamente.”<sup>26</sup>

“Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, el peculado es el delito que consiste en el hurto de caudales de erario público, hecho por aquel a quien está confiado su administración.

Cabanellas dice: “el peculado es la sustracción, apropiación o aplicación indebida de los fondos públicos, por aquél o a quién está confiada su custodia o administración.

Sebastián Soler, señala que peculado constituye fundamentalmente en un abuso de la función pública, con lo cual además de haberse lesionado los intereses del fisco, se lesionan las de la Administración en sentido amplio.”<sup>27</sup>

#### **.4. Delito de peculado en Ecuador:**

“El primer Código Penal Ecuatoriano, aprobado por el Congreso Nacional, presidido por Juan José Flores y sancionado por Vicente Rocafuerte el 17 de Abril de 1837 contiene en su parte primera lo referente a “los delitos contra la causa pública” y en los títulos sexto y séptimo de los delitos contra la Hacienda Nacional.

El segundo Código penal fue elaborado por la Asamblea Constituyente el 23 de octubre de 1871 y promulgado el 3 de noviembre del mismo año por Gabriel García Moreno y en él las disposiciones sobre malversación y peculado se encuentran reducidas a un

---

<sup>26</sup>EL PECULADO, Campo Edmundo Rubio Angulo, Bogotá D.E., 1985. Págs. 43 -45.

<sup>27</sup>MANUAL DE PRACTICA PROCESAL EN LOS JUICIOS POR PECULADO, Dr. Gustavo Flores y Dr., José C. García Falconí, Segunda Edición, Quito – Ecuador, 1982. Pág. 70.

solo artículo, el 257, perteneciente al Capítulo IV, relativo a los abusos y concusiones cometidos por funcionarios públicos, del Título IV que dice: de los crímenes y delitos contra el orden público, cometidos por funcionarios en el ejercicio de sus funciones, parte del Libro II De las infracciones y su represión en particular. Su tenor es el siguiente:

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 lo represente, de piezas, títulos, documentos, o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo”.

Tal adopción se la hace casi textual del Código Belga, de la cual hasta el momento no nos apartamos definitivamente, fiel reflejo del espíritu pseudo- jurídico que hasta la actualidad nos agobia.

Más tarde en el año de 1971 los Código Penal y de Procedimiento Penal, fueron elaborados y promulgados bajo la administración del Dr. José María Velasco Ibarra, por una Comisión Jurídica y publicados el 22 de enero de 1971.

En esta edición el delito de peculado se encuentra bajo el título III “De los delitos contra la administración Pública”, en el capítulo V, que trata de “La violación de los deberes de los funcionarios públicos, de la Usurpación de Atribuciones y de los Abusos de Autoridad”, se lo tipifica en el Art. 257.

En nuestro derecho penal:

Cometen este delito los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público, que hubieren 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.

Se entenderá por malversación, la aplicación de fondos a fines distintos de los previstos en el presupuesto respectivo, cuando este hecho implique, además abuso en provecho personal o de terceros, con fines extraños al servicio público.

Están comprendidos en esta disposición los servidores que manejen los fondos del IESS o de los bancos estatales y privado. Igualmente están comprendidos los servidores de la Contraloría General del Estado y la Superintendencia de Bancos que hubieren intervenido en fiscalizaciones, auditorias o exámenes especiales anteriores, siempre que los informes emitidos implicaren complicidad o encubrimiento en el delito que se pesquisa.”<sup>28</sup>

## **2.5 El Peculado.-**

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico penal, encontramos varios tipos penales que hacen relación al delito de peculado, hipótesis punitivas que resulta imperioso analizarlas previo al desarrollo del siguiente capítulo, y así tenemos:

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 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, 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.

Se entenderá por malversación, la aplicación de fondos a fines distintos de los previstos en el presupuesto respectivo, cuando este hecho implique, además, abuso en provecho personal o de terceros, con fines extraños al servicio público.

---

<sup>28</sup>MANUAL DE PRACTICA PROCESAL EN LOS JUICIOS POR PECULADO, Dr. Gustavo Flores y Dr., José C. García Falconí, Segunda Edición, Quito – Ecuador, 1982. Pág. 62, 70, 71.

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.

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.

Con la misma pena serán sancionados los servidores del Servicio de Rentas Internas y los servidores de aduanas, que hubieren intervenido en Actos de Determinación.

Art. 257 A.- 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. (257.1).- 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 diez mil a cincuenta mil sucres.

Art. (257.2).- 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. (257.3).- 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.

## **CONCLUSIONES:**

A manera de conclusión de este capítulo, y realizando respectivo análisis del delito de peculado propiamente dicho, se ha podido observar que desde el primitivo derecho romano la sustracción de dinero público se consideró digna de castigo a causa de la cosa sustraída, y además predominó el criterio de la traición a la confianza y de la facilidad para delinquir.

En nuestro derecho penal en la actualidad no ha existido muchos cambios en el centro mismo de aquel criterio, puesto que se considera también un ilícito grave, y por supuesto una falta a la confianza entregada al funcionario público, materializada en bienes o fondos públicos del Estado, puesto que este servicio tiene que ser para beneficio del correcto desenvolvimiento de la administración pública, y tiene que responder con buena fe, probidad y eficiencia.

Es importante establecer la definición exacta del delito de peculado, el cual es el tema central de mi trabajo de tesis, el mismo que consiste, como Cabanellas dice: “el peculado es la sustracción, apropiación o aplicación indebida de los fondos públicos, por aquél o a quién está confiada su custodia o administración”.

Cometen este delito los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público, que hubieren 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.

## **CAPÍTULO III**

### **INTRODUCCIÓN:**

El siguiente capítulo tiene como objetivo señalar las diferentes modalidades que el delito de peculado demanda, y a partir de este análisis podremos reconocer y señalar con más precisión los elementos del tipo tanto común como especial.

Se señalará en primer lugar dentro de los elementos comunes; quienes son los sujetos susceptibles de ser reprochados con una norma, es decir quién es el autor responsable del ilícito, como así mismo los sujetos pasivos sobre el cual recae la acción.

Es importante establecer además cual va a ser el objeto jurídico violado, por la conducta de los funcionarios públicos que deberá ser calificada como ilícita.

Finalmente se señalará los elementos especiales, los mismos que son esenciales en la descripción de delito de peculado.

### **3. ELEMENTOS DEL DELITO DE PECULADO**

Para realizar el análisis de los elementos del tipo es necesario en primer lugar analizar a los diferentes modalidades que el delito de peculado demanda, puesto que a partir de este análisis podremos reconocer y señalar con más precisión los elementos del tipo tanto comunes como especiales. Es entonces que el delito de peculado tiene las siguientes clases:

Clases de peculado:

Si bien no vamos a encontrar todas estas clases de peculado en nuestra legislación, pero si muchas de ellas, es importante hacer mención de las mismas; puesto que están reguladas por diversos ordenamientos jurídicos, pero todas por la doctrina.

Doctrinariamente, se ha distribuido y clasificado, de forma conceptual, al delito de peculado, en las siguientes variantes:

➤ “Peculado por apropiación indebida:

El empleado oficial que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de Empresas o de instituciones en que éste tenga parte o de bienes particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones.

El verbo rector es “apropiarse”, lo cual indica una acción material dirigida a las cosas o bienes allí descritos y es de acción simple. El objeto material del peculado que se analiza se indica en su tipicidad con la palabra “bienes” que se refiere a los caudales o efectos.

La descripción de este hecho típico puede descomponerse gramaticalmente en los siguientes elementos oracionales:

- ~ El sujeto es el empleado oficial (autor cualificado);
- ~ El verbo es “apropiarse”, que es transitivo e indica un delito de resultado.
- ~ El predicado es de que tales bienes se hallen bajo su administración como mandatario del Estado, y los tome para su provecho personal o de terceras personas, con lo cual se le arrebatara la disponibilidad al Estado.
- ~ Complemento indirecto: señalado por el sustantivo “bienes” y que expresa el objeto, materia del peculado.
- ~ Complemento del sujeto: señalado por la frase “cuya administración o custodia se le haya confiado en razón de sus funciones” u otra semejante.
- ~ Califica al empleado oficial apto para pecular, indicando el abuso de poder en que incurre al cometerlo.
- ~ La cuantía en el delito de peculado sirve para graduar las penas, y ésta dependerá de la cantidad en la que el funcionario público ha cometido este ilícito.

Ejemplo: Como el caso de la construcción de una obra, como sucede en las diferentes firmas de ingenieros contratistas, puesto que el contratista no es más que un delegatario del Estado en la administración de unos dineros, dineros que siguen siendo del Estado o de algunos bienes y servicios que al igual que los dineros, siguen siendo del Estado. De tal suerte que si el contratista hace uso indebido o se apropia de los dineros o bienes del Estado, cometería peculado.

➤ El peculado por uso indebido:

Incrimina el empleo en provecho propio o de terceros, de trabajos o de servicios pagados por la administración pública.

El Uso Indebido, implica cualquier aprovechamiento o directa utilidad económica, que pueden proporcionar los caudales u otros objetos, con tal que ese goce, manejo o aprovechamiento, no esté autorizado por la Ley o Reglamento.

Como peculado de uso, entendemos el uso que hace el funcionario de manera momentánea de las cosas que se le confían, sin ánimo de apropiarse. El uso puede tener por objeto, una cosa mueble o una suma de dinero, pero en uno u otro caso habrá peculado, si resulta que el agente ha querido disponer de esas cosas, como dueño y no lo comete cuando se trata de un uso precario, que excluye el ánimo de apropiación.

Estructura.-

~ Sujeto activo: empleado oficial.

~ Sujeto pasivo: la administración pública y los particulares en su caso.

~ Verbos: usar, permitir el uso ajeno, utilizar y permitir la utilización ajena. Lo cual implica que se trata de trabajos destinados al servicio del Estado, pagados y contratados por éste.

~ Predicado: El uso o disfrute de los bienes que administra, o la permisión de que otros lo usen ilegítimamente, tanto como la utilización del trabajo humano asalariado por el Estado o la permisión de ser utilizado por otro, despoja al Estado de su derecho al permanente disfrute de esos bienes, pero sin el ánimo apropiatorio característico de la

anterior forma de peculado. Se extiende además por uso a la utilización ilegal del trabajo asalariado por el Estado.

~ Complemento indirecto: Indica el objeto material, que son los bienes que el Estado administra, sean propios o particulares y bienes de empresas o instituciones que el Estado participe económicamente.

~ Complemento del sujeto: Señalado con la frase: “cuya administración o custodia se la haya confiado por razón de sus funciones” (o una fórmula similar). El empleado oficial debe abusar de sus funciones que se le encomienden.

~ Objeto material: Se trata de bienes pertenecientes al Estado, a los particulares que están bajo la administración o custodia del Estado o de empresas de economía mixta, o de instituciones en las cuales aporta el Estado.

➤ Peculado por error ajeno:

Comete este tipo de delito, el empleado oficial que se apropie o retenga, en provecho suyo o de un tercero, de bienes que por error ajeno hubiere recibido.

La Academia de la lengua define el error como un juicio falso o concepto equivocado.

En el ilícito de que se trata, hay un error por parte de la víctima del peculado, al considerar que debe entregar y éste recibirle, cuando quiera que no estaba obligado a hacerlo; o que pueda retener su bien, cuando quiera que el empleado oficial debe restituirlo a su posesión. Por otra parte, el autor de peculado tiene conocimiento o claridad sobre este error y se aprovecha de él. Sabe que el particular incurre en error y quiere obtener ilícito provecho de ello. Lo cual implica un acto de violencia a su libertad moral, como la llamaba Francesco Carrara.

Estructura.-

- Sujetos: el empleado oficial, y todos quienes puedan recibir o retener, o usar un bien estatal, como el juez, conjuer, árbitros, etc....
- Verbos: apropiarse, retener y usar.

- Predicado: aprovechándose del error en que se halla el tercero, el agente se apropia de caudales, o los retiene, cuando quiera que debería reintegrarlos o los usa indebidamente.
- Complemento indirecto: bienes del particular que se encuentra en el error, del cual se aprovecha el empleado oficial.
- Circunstancia modal: por error ajeno.
- Complemento del sujeto: la recepción o la retención o uso subsiguiente al error ajeno; se causan con abuso de poder, que bien puede ser funcional o extralimitado.

➤ Peculado por aplicación oficial diferente:

Comete este ilícito el empleado oficial que dé a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en éste.

Estructura.-

- Sujeto: el empleado oficial.
- Verbos: Dar, comprometer, invertir y utilizar.
- Predicado: los bienes del Estado tienen una aplicación determinada por las normas presupuestales, ya sea en lo nacionales, departamental o municipal. Si se cambia de aplicación, oficial pero no presupuestada, se hace una inversión de capital estatal no prevista por la Ley, se comprometen en obras o gastos, sumas superiores a las previstas en el presupuesto, o se utilizan bienes en forma diferente de la presupuestada; se comete el ilícito.
- Complemento indirecto: bienes del Estado o de empresas de economía mixta.
- Complemento modal: aplicando oficialmente un bien pero diferente de lo presupuestado, o utilizando en forma distinta de la legal, o cometiendo inversiones más elevadas a las legales, son modos de comisión, éstos es, de dar aplicación a tales bienes.
- Complemento del sujeto: mediante el abuso oficial.

➤ “Peculado continuado:

La apropiación repetida de cantidades y tiempo diferentes, constituye un solo delito, pero para que esto ocurra es preciso que todos los caudales estén a disposición del funcionario, de esta manera si es que el funcionario tomare cantidades de caudales públicos puestos a su cargo, por diferentes conceptos, sería culpable de varios delitos de peculado.

➤ Peculadocalificado:

Se trata de la disposición arbitraria de fondos destinados a la defensa del Estado Ecuatoriano.”<sup>29</sup>

### **3.1 Elementos comunes:**

El sujeto activo:

“Será el empleado o funcionario público:

Lo cual abarca a todo individuo investido de funciones públicas, ya sean remuneradas o gratuitas, que tengan por servicio de la nación, departamento o municipio. Se asimila a funcionarios públicos para los mismos efectos, a los jurados, árbitros o arbitradores, peritos o testigos, durante el tiempo en que deben ejercer sus funciones.

Es decir en el delito de peculado el sujeto activo recae sobre el empleado público encargado del manejo del bien o a su vez de dicho caudal, el cual tiene como por finalidad la administración o la mera tenencia del mismo, puesto que pueden existir casos en los que el mandatario del estado cometa este ilícito por haber tomado éstos bienes o caudales para su provecho propio o de terceras personas aunque la tenencia material o administración le correspondan a otro funcionario.

---

<sup>29</sup> MANUAL DE PRACTICA PROCESAL EN LOS JUICIOS POR PECULADO, Dr. Gustavo Flores y Dr., José C. García Falconí, Segunda Edición, Quito – Ecuador, 1982. Pág. 86, 87.

Sin embargo, se ha creado un poco de confusión sobre quién debe recaer esta personalidad para que se convierta en el sujeto activo del sujeto de peculado, y para evitar problemas de interpretación, será aquel funcionario o empleado público, el trabajador oficial o quien desempeñe funciones públicas.

Es por eso que si bien consideramos a todos los mencionados como sujetos activos de delito de peculado, vale hacer una debida diferenciación entre los mismos:

De acuerdo con el Dr. Gaitán Mahecha, funcionario público es aquella persona que realiza sus funciones de acuerdo con normas o reglamentos que expresamente las regulan; empleados son los que tienen funciones accesorias o auxiliares, y trabajadores oficiales son los que trabajan en entidad oficial, pero en cualquier clase de trabajo, como sería el caso de un asesor.

La función pública es un servicio público, pero no todo servicio público constituye función pública. El servicio público concurre a formar la función pública, pero para los efectos del delito de peculado, decimos es necesario además otro elemento: El encargo o delegatio, porque es necesario que el sujeto ejercite una representatividad, que es la que permite atribuirle al agente público el ejercicio de funciones públicas. La función pública implica la presencia de un acto declarativo de la voluntad del Estado.

Debemos concluir entonces que el servicio público es exclusivamente de los funcionarios que prestan servicio para el Estado, puesto que se podría crear confusión si se toma el sentido literal del vocablo, llevando así a la categoría de empleado público a todas aquellas personas que en un momento dado estén prestando un servicio público, como por ejemplo: lechero, conductor de bus, etc....

Uno de los aspectos más importante que se presentan en el estudio del sujeto activo del delito de peculado es el relativo a si los llamados funcionarios o empleados de hecho, pueden ser sujetos activos de la figura. Se trata en verdad, de aquellos casos en que, personas sin título o con título irregular, ejercen funciones públicas como si fuesen verdaderos funcionarios. Desde el punto de vista administrativo, la teoría del funcionario o empleado de hecho tiene como por objeto principal el decidir sobre la validez de sus actos, asignándose en general, cierto valor para los mismos, frente a terceros afectados por tales actos. Creemos sin embargo; que esto puede llegar a tener importancia en el

campo de derecho administrativo, pero no en la esfera del derecho penal, ya que para este es suficiente el efectivo desempeño de una función pública. Por lo anterior, el funcionario de hecho es empleado oficial para los efectos penales y que en verdad incurre en delito de peculado cuando se den las características del delito anteriormente mencionadas.

Muy diferente es la posición de quien, con inexistencia absoluta, total del título y usurpando un derecho, asume la función. En tal evento, no nos encontramos frente a un empleado oficial y ni siquiera de hecho, sino que estaríamos en presencia de un claro “usurpador” y nunca podría ser responsabilizado por delitos que exigen una calidad o condición que nunca ha tenido.

Incluso puede decirse que respondería por un delito de usurpación de funciones públicas en concurso con el delito contra la propiedad, según sea el caso.

Los funcionarios de derecho son aquellos que desempeñan su función, debido a la calidad que les da la investidura que tienen.

Los funcionarios de derecho son aquellos que desempeñan un cargo, pero en virtud de una investidura irregular. La irregularidad puede ser defecto en su origen o causa, como cuando se nombra a un empleado que no tiene las calidades que exige la ley, o cuando habiéndose otorgado inicialmente con regularidad la condición o investidura de empleado, la pierde luego y sigue sin embargo ejerciendo sus funciones, bien por ministerio de la ley, o bien por circunstancias de hecho no previstas en las leyes. Los actos de estos funcionarios son también válidos.

Los usurpadores son los que ocupan un cargo sin investidura. Sus actos son inexistentes, puesto que su origen es delictuoso”. Por lo tanto al no ser jamás funcionario público y por tanto, no puede ser ni sujeto activo del delito propio, ni sujeto pasivo contra la administración pública.”<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup>EL DELITO DE PECULADO EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL, Cancino Moreno Antonio J, Profesor de Derecho Penal de la universidad de Colombia, Editorial TEMIS Librería. Bogotá- Colombia 1983, págs. 16-29.

Quien reviste a una persona de la calidad de funcionario público, si tales funciones no le fueron señaladas al funcionario por orden superior que no tenga fundamento legal o reglamentario, éste no puede ser sujeto activo de peculado.

En la actualidad cabe recalcar quiénes son los funcionarios o empleados públicos, que somete el delito de peculado, y por lo consiguiente se les considera sujeto activo del ilícito, y son:

- ~ “El funcionario público que dispusiere o consintiere que otro disponga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo, por razón de sus funciones.
- ~ Los servidores de los Bancos Privados.
- ~ Los servidores de la Contraloría General del Estado y de la Superintendencia de Bancos.”<sup>31</sup>

En conclusión los sujetos activos del peculado, pueden ser los funcionarios públicos tanto de derecho como de hecho.

Una vez analizado lo que es un servicio “público”, y a lo que nos lleva este vocablo, estableciendo con claridad quienes van a ser los encargados de realizarlo, es importante también establecer tan sólo que es un servicio; “entonces genéricamente, toda administración es organización y etimológicamente es “servicio”. Proviene de la voz latina ministrare que significa servir y sus acepciones son: cuidar, gobernar, regir. Jurídicamente el vocablo adopta la acepción de ordenar, proveer, dirigir, y en general, toda actuación que implique el cumplimiento de un mandato.

Ahora de la misma manera es imprescindible analizar lo que es la administración pública, y corresponderá a pública cuando esta corra por parte del Estado y de sus organismos.

“La expresión administración pública define a la actividad funcional de ciertos órganos del Estado que se encuentran en relación con el poder administrador”<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup>EL PECULADO, Campo Edmundo Rubio Angulo, Bogotá, D.E. 1985, pág. 55.

<sup>32</sup>EL PECULADO, Campo Edmundo Rubio Angulo, Bogotá, D.E. 1985, pág. 56.

Es decir que el Estado es aquel que administra la cosa pública y este servicio lo hace a través de sus funcionarios y empleados públicos que van a cumplir el papel de representantes del Estado; y es por esa razón de que se llega a la conclusión de que la administración pública será aquella realizada por el Estado y ejercida por personas denominadas funcionarios públicos, quienes como se mencionó serán aquellos sujetos activos de delitos de peculado.

“Sin embargo para que pueda tener una persona el carácter de empleado público es preciso que concurren todos los factores siguientes:

- Existencia de una función creada por norma sustantiva, en lo que ordinariamente se llama creación de un cargo.
- Determinación de las funciones propias del cargo creado.
- Designación de la persona que va a desempeñar ese cargo y ejercer esas funciones, por nombramiento o elección hecho por las vías legales.
- Posesión oficial del destino o cargo, por parte de esa persona designada.

Ahora bien, existen también los llamados empleados de establecimientos públicos, los cuáles pueden ser también sujetos de activos de delito del peculado, puesto que ellos gozan de autonomía administrativa y control fiscal, manejan fondos públicos y son de creación, organización y funcionamiento legales. En ocasiones administran servicios públicos y en otras son verdaderas intervenciones estatales en la economía.

Los establecimientos públicos se caracterizan por los siguientes aspectos:

- Son creados por ley.
- Tienen autonomía patrimonial y administrativa.
- Están sometidos a vigilancia por el Estado.
- Su patrimonio está formado por los fondos públicos.”<sup>33</sup>

Si queremos profundizar en el tema del “sujeto activo” que hace referencia al funcionario público, debemos inexorablemente tener en nuestro escritorio la ley orgánica de servicio público, norma de reciente data en nuestra legislación, de cuyo

---

<sup>33</sup>EL PECULADO, Campo Edmundo Rubio Angulo, Bogotá, D.E. 1985, pág. 59- 66.

análisis a profundidad prescindiremos por la extensión de la monografía, empero reconocemos su importancia y su necesario estudio al momento de tener frente a nosotros un proceso penal por el delito de peculado.

El sujeto pasivo.

“Hans Welzel, dice que el sujeto pasivo es la persona a quien pertenece el derecho, teoría para mí la más acertada, además como lo menciona el profesor Reyes quien dice que el sujeto pasivo es la persona titular del interés o bien jurídicamente protegido o titulado y cuya ofensa estructura el delito. Al contrario de lo que acontece con el sujeto activo, tanto las personas naturales como las jurídicas son susceptibles de ser sujetos pasivos del delito, entre éstas últimas debe incluirse el Estado, quien lo es principalmente de aquellos ilícitos que ofenden su seguridad interior o exterior, su administración pública o la recta administración de la justicia que él dispensa.

El Estado es una persona jurídica, que existe realmente y que, en consecuencia, es titular de una serie de bienes e intereses, como la administración de justicia, su seguridad interior y exterior, y la administración pública. Cuando tales bienes son vulnerados, indudablemente que debemos considerarlo como sujeto pasivo de la infracción de que se trate.

El Estado es el titular del bien jurídico de la administración pública, que como actividad funcional se ejerce por medio de sus representantes, de tal suerte que se trata de un sujeto pasivo cualificado jurídicamente de derecho público.”<sup>34</sup>

En la actualidad, por supuesto debemos mencionar quiénes son los afectados y por consiguiente sujetos pasivos del delito de peculado además del ya mencionado, y serán:

- “El Gobierno Central o Nacional, como lo son todas las dependencias de la Administración pública.
- El Gobierno Seccional o Provincial.

---

<sup>34</sup>EL DELITO DE PECULADO EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL, Cancino Moreno Antonio J, Profesor de Derecho Penal de la universidad de Colombia, Editorial TEMIS Librería. Bogotá- Colombia 1983, págs. 33-35.

- El Gobierno Sectorial o de las entidades descentralizada, esto es la personas creadas por la ley, para el ejercicio de la potestad estatal o para la prestación de servicios públicos o actividades económicas asumidas por el Estado y las creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos.
- El IESS y los Bancos Estatales, como lo son, el Banco Nacional de Fomento, Banco Central del Ecuador, Banco Ecuatoriano de la Vivienda, Juntas de Beneficencia, Comisión de Valores, Corporación Financiera Nacional y de las Corporaciones de fomento económico regional y provincial.
- BancosPrivados.
- Las Cooperativas.”<sup>35</sup>

### 3.1.3 El objeto material:

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

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

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

Por una parte se habló de bienes de la administración pública o de los particulares, con lo cual, aunque no era necesario, se pretendió aclarar que el delito también se podía

---

<sup>35</sup>MANUAL DE PRACTICA PROCESAL EN LOS JUICIOS POR PECULADO, Dr. Gustavo Flores y Dr., José C. García Falconí, Segunda Edición, Quito – Ecuador, 1982. Pág. 80-83.

cometer en relación con los bienes particulares, es por ello que para que no exista confusión alguna nuestra doctrina dice que se consideran bienes de la administración pública, los de las entidades que integran las ramas del poder público, los de las empresas industriales o comerciales del Estado y los de cualquier otra entidad.

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

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

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

Lo importante no es que el bien sea público o privado, sino que lo administre el empleado oficial por razón de sus funciones. Los bienes públicos o privados entran a ser objeto de administración por el funcionario o empleado oficial sin que sea necesario que se produzca un ingreso formal; basta que el funcionario los reciba en calidad de tal y que tenga dentro de sus funciones las de administrarlos o custodiarlos.”<sup>36</sup>

En conclusión y de acuerdo del análisis en la actualidad, serán aquellos dineros públicos o privados, de efectos que lo representan, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo.

---

<sup>36</sup>EL DELITO DE PECULADO EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL, Cancino Moreno Antonio J, Profesor de Derecho Penal de la universidad de Colombia, Editorial TEMIS Librería. Bogotá- Colombia 1983, págs. 37-43.

Cabe recalcar que la palabra posesión implica la posibilidad de la administración pública, para disponer de una cosa utilizándola para sus propios fines, por medio del funcionario que de aquella dependa. Debe haber una relación objetiva entre la posesión y el cargo y no una simple relación de confianza subjetiva.

#### **3.1.4 El objeto jurídico violado:**

Los funcionarios que tienen a su cargo caudales y que han causado no sólo perjuicio económico, sino también el abuso por parte del funcionario, de la confianza públicamente en el depositada, puesto que el objeto jurídico que se ha violado es: la defensa de los bienes patrimoniales de la administración pública, y el interés que tiene el Estado para mantener la probidad y fidelidad del funcionario público.

#### **3.1.5 La conducta:**

La conducta se refiere al elemento descriptivo en cuanto al delito de peculado se refiere, es decir a la manera o forma de comportarse del sujeto activo para lograr el cometimiento de este ilícito.

Existen ocasiones en que la conducta puede poseer circunstancias de modo, tiempo, lugar; puesto que como lo hemos mencionado con anterioridad, para que se configure con este delito, éste deberá ejecutarse por una persona específica, como lo es un empleado público, en el lugar indicado, como lo es una institución del Estado a la cual este funcionario esté prestando un servicio público y finalmente se ejecutará en el tiempo en el que el sujeto activo sea empleado público.

### **3.2 Elementos especiales.**

Dentro de los elementos especiales cabe hacer una clasificación de los mismos, y que son susceptibles de analizar; y estos son:

- ~ Elementos normativo
- ~ Elemento subjetivo

### **3.2.1 Elemento normativo y relación jurídico necesaria.**

“Los elementos normativos son aquéllos del tipo que requieren una particular valoración de parte del intérprete, sin la cual no es posible concretar su ilicitud. Es decir, en cuanto al delito de peculado se refiere encontramos aquél elemento en el hecho de que el empleado se apropie de bienes o caudales públicos o particulares, los cuáles se les haya confiado a éste en razón de sus funciones.

Elemento normativo: En razón de sus funciones. Lo cual hace referencia a las facultades de administrar, guardar, recaudar, etc. No puede entenderse en el sentido de la adscripción de una competencia estrictamente legal y determinada por una regular y formal investidura que implique la íntima relación entre la función y la facultad de tener el bien del cual se dispone o hace mal uso; no significa pues, que tales atribuciones deben estar determinadas por una rigurosa y fija competencia legal, sino que es suficiente que la disponibilidad sobre la cosa surja en dependencia del ejercicio de un deber de la función”<sup>37</sup>.

Entonces el elemento normativo del delito de peculado según este análisis girará en torno al vocablo “en razón de sus funciones”, ya que al tipificar este ilícito tiene que cometerse por el funcionario o empleado público que tiene un cargo específico como es el de encargarse del manejo de bienes o caudales del Estado, y así de esa manera se va a determinar las funciones de conformidad con los lineamientos generales del cargo y, con base a la normativa que lo ha autorizado. De tal manera que este delito de peculado sólo puede ser cometido por un persona que cumpla con un servicio público entro de la administración pública en ejercicio de sus funciones, encomendadas a él, ya sea por lo que la ley manda, su contrato o reglamento.

Ahora es muy importante recalcar que para que se configure el delito de peculado es necesario que concurran dos circunstancias, el primero que sea un empleado público, y segundo que actúe dentro de su competencia; de ser de otra manera nos encontraríamos frente a otro tipo penal, diferente del peculado.

---

<sup>37</sup>EL PECULADO, Campo Edmundo Rubio Angulo, Bogotá, D.E. 1985, pág. 86-88.

Una vez realizada éstas circunstancias necesarias para la ubicación del delito; se cree conveniente hacerlo puesto que existen otros tipos de delito bastante parecidos al mencionado, así como los delitos en contra la propiedad, un claro ejemplo es el abuso de confianza; sin embargo aquí encontramos una esencial diferencia entre éstos dos y vemos que el hecho de que la entrega de los bienes para su administración, custodia, lo hace el empleado en razón de su función pública, se entenderá como peculado, mientras que en el abuso de confianza la entrega se hace en razón de cualquier título; siendo el mismo perteneciente a la prestación de un servicio público o no.

Es por ello que al que administra, recauda, maneja, custodia, los bienes o caudales del Estado, cumpliendo las veces de funcionario público tiene que cumplir con una labor de lealtad, lo que atañe el prestigio y el buen nombre de la administración pública; presentándose este abuso de poder si es que ha hecho un mal manejo de los mismos; y de esa manera configurando el delito de peculado.

### **3.2.2 Elemento Subjetivo**

El delito de peculado, posee un elemento subjetivo que constituye en el ánimo de apropiarse, será también infracción el hecho de consentir que otros dispongan los caudales o efectos puestos a cargo del funcionario a quien incumbe el deber de velar por los bienes o efectos puestos a su cargo, consecuentemente estamos frente a un ilícito eminentemente doloso.

La intención delictuosa es la base del elemento subjetivo, que comprende en el ánimo de apropiarse de los caudales públicos y la conciencia de la ilegalidad de la apropiación.

“Los elementos subjetivos los podremos entender también como las referencias hechas en la disposición legal a una determinada finalidad que el autor ha de imprimir a su conducta o un específico modo de ser o de estar del coeficiente psicológico de dicha conducta, hasta integrar un estado de conciencia, dejando inequívoca constancia de que la conducta tipificada es sólo aquella predicada por dicha finalidad o estado y evitar el equívoco que pudiera surgir de interpretar como tipo, cualquier acto extremo.

La finalidad del agente en el delito de peculado está encaminada a encontrar el “provecho suyo o de un tercero”, y es por esa razón que se necesita en verdad, que el

sujeto tenga la especial intención de apropiarse en provecho personal o de un tercero, de tal manera que si falta esa finalidad, pues el tipo desaparece”<sup>38</sup>.

### **3.2.3. Conclusiones:**

A manera de conclusión de este capítulo podremos ver que el delito de peculado, señala las diferentes modalidades que el delito de peculado demanda, y a partir de este análisis podremos reconocer y señalar con más precisión los elementos del tipo tanto comunes como especiales. Elementos que son esenciales en el descubrimiento del ilícito, y podremos ver que:

Los elementos comunes, que hablan sobre el sujeto activo que en este delito y de acuerdo a mi análisis práctico del caso este va a recaer sobre los funcionarios públicos; el sujeto pasivo del delito sobre el cual recae esta acción, su conducta que se refiere al elemento descriptivo en cuanto al delito de peculado se refiere, es decir a la manera o forma de comportarse del sujeto activo para lograr el cometimiento de este ilícito y el objeto material sobre el cual recae el ilícito, ya que cabe recalcar que para que se configure el delito de peculado es necesario que concurren dos circunstancias, el primero que sea un empleado público, y segundo que actúe dentro de su competencia; de ser de otra manera nos encontraríamos frente a otro tipo penal, diferente del peculado.

Los elementos especiales los cuales cuentan con un elemento normativo que es aquél que requieren una particular valoración de parte del intérprete, sin la cual no es posible concretar su ilicitud, y además un elemento subjetivo que constituye en el ánimo de apropiarse, o consentir que otros dispongan los caudales o efectos puestos a cargo del funcionario a quien incumbe el deber de velar por los bienes o efectos puestos a su cargo, consecuentemente estamos frente a un ilícito eminentemente doloso.

---

<sup>38</sup>EL PECULADO, Campo Edmundo Rubio Angulo, Bogotá, D.E. 1985, pág. 91.

## **CAPITULO IV**

### **INTRODUCCION:**

En el siguiente capítulo podremos ver los diferentes tipos de conducta que llevan a un resultado doloso; es importante establecer el tipo de responsabilidad que cada persona conlleva puesto que de esa manera se irá encasillando en lo posible en las distintas modalidades de conducta.

Es por eso que resulta de gran importancia señalar a los autores, coautores, del delito así como también los diferentes niveles de participación de las personas que cooperan y que son necesarias para la ejecución del delito, así como los cómplices, encubridores y demás.

Finalmente será importante establecer los diferentes actos idóneos de planeación y estructuración dirigidos a la ejecución del acto ilícito que luego serán llevados a cabo o no, es sentar bases para diferenciar cada parte del proceso, puesto que se va asignar a cada etapa un grado de consumación, en la que una vez que se establezca se determinarán las diferentes penas aplicables a cada una de las fases correspondientes.

## **4. TENTATIVA Y DELITO CONSUMADO EN EL PECULADO**

### **4.1 La Tentativa**

La tentativa se encuentra determinada en el art. 16 del Código penal, que expresamente dice:

“Quien practica acto idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito, responde por tentativa si la acción no se consuma o el acontecimiento no se verifica.

Es decir que de acuerdo a nuestra normativa será considerada tentativa aquel acto que lleva como resultado al cometimiento de un delito, lo cual constituiría una infracción diversa; y que se ha desistido y no se logró el objetivo, ya sea porque lo hizo por su voluntad o por diversas causas que no lograron que se cumpla con lo propuesto por el sujeto activo de manera inicial. Es por ello que si el autor de esta manera estará sujeto solamente a la pena por los actos ejecutados, excepto cuando la ley en casos especiales, califica como delito la mera tentativa.

Ahora bien como lo señale anteriormente pueden existir casos en los que voluntariamente se desista del cometimiento del delito, y es en esos casos la pena va a quedar disminuida de un tercio a la mitad, considero que esto es muy importante puesto que de alguna manera el momento mismo del acto ilícito se llegó a la conciencia de lo que podría suceder y al medir las consecuencias aunque sea ya en el instante preciso antes de que se ejecute el mismo. El que se tenga medidas diferentes para la mera tentativa de las de la ejecución del acto ilícito pone en tela de juicio al autor del delito antes de cumplir con su objetivo, ya que todavía se encuentra a tiempo aunque ya exista planeación, organización y estructuración intelectual del acto mismo, de retractarse de su ejecución; sin embargo también existen casos en los que no se cumple con lo propuesto por el autor del acto ilícito por circunstancias ajenas a su voluntad, como el caso de que la proyección de su delito estaba mal planteada y existieron errores en la ejecución del mismo y por esa razón no se pudo llegar a su cometimiento, aunque sea diferentes las causas por las que se llegó tan solo a una mera tentativa será la pena la misma para ambas circunstancias ya sea que dependan de la voluntad o no para el desistimiento, a no ser como lo mencioné anteriormente que si sea castigado como infracción la tentativa.

Ahora bien es menester hacer referencia a la tentativa cuando de tipos de delito de peculado se trata y vemos que:

En el momento en que nos referimos a la conducta en el peculado por apropiación, anotamos como ese comportamiento que contiene el núcleo rector puede realizarse de manera material o mediante una serie de comportamientos jurídicos más o menos

complejos, y que, en consecuencia, no era necesario que se produjera en todos los casos la sustracción o el apoderamiento directos sobre un objeto.

Dicho lo anterior podemos concluir que en el delito de peculado por apropiación si cabe la tentativa y debe ser sancionada con las medidas pertinentes al caso; puesto que el empleado oficial antes de la ejecución misma del acto debe realizar una serie de actos idóneos de planeación y estructuración dirigidos a la ejecución del acto ilícito que luego serán llevados a cabo o no, lo que no es relevante en ésta etapa del delito, y es ahí cuando cabe perfectamente la sanción por tentativa de peculado por apropiación; sin embargo existen otros actos previos que ya se materializan, y, aunque no se llegue al fin mismo de manera directa con éstos comportamientos, pues si constituyen medios para llegar a ilícito; como por ejemplo, el hecho de falsear documentos o impartir órdenes para de esa manera llegar a cumplir con el objetivo propuesto que es el de cometer un delito en contra de la administración pública, los mismos ya suponen la ejecución misma del hecho aunque no se haya llegado al fin propuesto que era el pecular, entonces en éstos casos se deberá plantear éstas conductas deben desde ser sancionadas no por la mera tentativa sino por el delito imperfecto de peculado por apropiación.

Aquí unos ejemplos de peculado por imperfecto:

Si por ejemplo, el funcionario pretende cobrar un cheque para apropiarse de su valor previa falsificación de firmas, además del delito contra la fe pública, si el banco no cancela el título valor por haberse descubierto la dolosa operación, existirá el delito de peculado imperfecto, ya que por causas ajenas a la voluntad del empleado oficial no pudo obtener el resultado, pero serán innegables los propósitos que perseguía.

Para la utilización indebida de trabajos y servicios puede presentarse también la tentativa cuando se han dispuesto o preparado los elementos o cuando se han impartido las instrucciones en forma clara y determinante.

Cuando el empleado oficial ordena a sus subalternos que realicen un arreglo arquitectónico en su casa de habitación, y para tal efecto dispone los materiales y da las instrucciones pertinentes y cuando ya se disponen aquellos q realizar el trabajo, por denuncia oportuna se impide su consumación, existirá sin duda, el delito imperfecto de

peculado por utilización indebida de trabajos y servicios oficiales. Lo mismo ocurrirá cuando un congresista, por ejemplo, utilizando la franquicia telegráfica oficial desmesuradamente envía telegramas a terceros particulares que carecen de ese derecho y el funcionario de la empresa de comunicaciones impide que se realice la conducta.

Si el empleado oficial ordenar realiza todas las operaciones fiscales tendientes a lograr una aplicación oficial diferente, pero por oportuna intervención de la Contraloría no se puede realizar la aplicación, habrá igualmente imperfección en el delito de peculado de ese grado.

Si el sujeto activo mediante orden escrita ordena que se haga entrega a un particular de una vehículo automotor que administra y que pertenece a la entidad pública para que este lo utilice en el traslado de personas que han de asistir a una manifestación política, pero antes que el particular pueda usar el vehículo se descubre el hecho por las autoridades y se impide la realización, habrá, dada la claridad de los hechos hasta ese momento ejecutados, un peculado imperfecto en su modalidad de uso.

Como la tentativa exige la realización de actos inequívocamente dirigidos a la consumación del delito, lógicamente debe concluirse que en el peculado culposo no es factible que se presente el fenómeno de la tentativa<sup>39</sup>.

Como lo dice don José María Rodríguez Devesa: “en algunos casos podrá darse la tentativa... si el medio empleado para conseguir el apoderamiento exige el despliegue de un itercriminis prolongado, para lograr el desplazamiento de los bienes por precisar de un conjunto de maquinaciones, a veces por sí misma delictivas<sup>40</sup>”.

En el capítulo anterior me he referido al itercriminis, señalando al mismo como el camino del delito; es decir el medio por el cual se desarrolla las diferentes etapas por las que pasa hasta llegar al fin cometido, desde el inicio del mismo que podría ser inclusive la parte intelectual de la creación del ilícito, hasta llegar ya a la comisión del delito y así configurar la figura susceptible a una pena.

---

<sup>39</sup>ANTONIO CANCINO, *El Peculado*, Editorial TEMIS, Bogotá – Colombia, 1983, págs. 199 – 202.

<sup>40</sup>JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, parte especial*, ed. Cit., págs. 1137 y ss.

La importancia de señalar a este vocablo en este capítulo referido a la tentativa, es sentar bases para diferenciar cada parte del proceso, puesto que se va asignar a cada etapa un grado de consumación, en la que una vez que se establezca se determinarán las diferentes penas aplicables a cada una de las fases correspondientes, y por supuesto que la tentativa se encasilla en uno de los períodos iniciales que llevarán o no al fin propuesto por el sujeto activo; y que inclusive en muchas clases de delitos se considera a la mera tentativa como la ejecución misma de la acción delictiva.

Es importante señalar además que fases, (por las que una persona pasa desde que se idea el cometimiento de un ilícito, hasta llegar a su consumación), son relevantes para el derecho penal y de esa manera juzgar el mismo y determinar las distintas penas o sanciones aplicables para cada caso, ya que existen etapas del desarrollo del proceso delictivo en el que se presentan en la fase interna en su mayor parte intelectual de creación del delito, la cual si bien es una fase primordial para la ejecución del mismo ésta no puede ser en ningún momento objeto de derecho penal, puesto que es necesario que se exteriorice a través de acciones u omisiones del hecho delictivo.

Ahora bien, en algunos casos para que se dé la consumación del acto delictivo en sí mismo, antes de realizarlo se debe pasar por una serie de procesos cognitivos y desplegarlos lo que implicaría muchas veces la ejecución misma del acto o también tan sólo ésta la intención de cometer una infracción dolosa que llevaría al delito de peculado y que quedo en las meras expectativas porque no se dio su cabal cumplimiento de lo requerido para configurar el delito o que por simple voluntad del autor del posible ilícito se haya desistido, y es ahí donde está la tentativa.

Cabe recalcar que existe una abismal diferencia entre la tentativa y la consumación en la etapa de ejecutar el delito, la que obviamente se verá reflejada en la determinación de la pena aplicable para cada circunstancia como lo he mencionado anteriormente, ya que se establecerá una pena más leve en la tentativa puesto que ya en la ejecución misma del ilícito se producen en muchas ocasiones lesiones que podrían ser inclusive irreversibles e irreparables con una simple indemnización por daños y perjuicios; además en la consumación el desvalor del resultado es mayor; sin embargo existen casos en los que la mera tentativa produce pérdidas o daños a un alto costo y aunque no se llegué a la perfecta ejecución de delito también se pueden ocasionar deterioros a

largo plazo o permanentes. Un claro ejemplo y hablando de manera general de los delitos graves en los que el bien protegido sea la vida, como se podría dar en un intento de asesinato aquí la mera tentativa podría causar graves secuelas como el que se quede mutilado en una lucha de la víctima por salvar su existencia.

“Pero ello no quiere decir que ambas instituciones sean diferentes o que el fundamento de su punibilidad responda a principios distintos, sino sólo que tanto en su percepción social como jurídica. La consumación supone siempre un plus de mayor gravedad que la tentativa, porque el desvalor del resultado de aquélla es siempre mayor que el de ésta, por más que el desvalor de la acción sea el mismo. Si el concepto de injusto sólo se basar en el desvalor de la acción, no sería necesario diferenciar entre tentativa y consumación. Pero, como ya hemos visto anteriormente, el desvalor del resultado es también una parte integrante del concepto de antijuridicidad, que obviamente al ser mayor en la consumación, determina una mayor antijuridicidad de ésta, Sin embargo, el desvalor de la acción es el mismo en una y otra, de ahí que el elemento subjetivo, la intención o dolo de consumir el delito, sea el mismo en ambas.

La atenuación obligatoria de la pena en caso de ejecución imperfecta de delito y la distinta gravedad de la tentativa y la consumación del delito han llevado a un sector de la doctrina española a ver el fundamento del castigo de la tentativa en un criterio fundamentalmente objetivo, es decir, en su proximidad a la lesión del bien jurídico protegido, ya que, desde el punto de vista subjetivo, tanto en la consumación como en la tentativa la voluntad del sujeto no sufre modificaciones.

Por el contrario, hay quien considera que el fundamento del castigo de la tentativa, al ser ésta solo punible en los delitos dolosos y ser, según algunos, fundamento del concepto de antijuridicidad el desvalor de la acción, es de carácter puramente subjetivo: la voluntad de delinquir manifestada al exterior mediante actos de ejecución del delito.

A pesar que dogmáticamente hay base para sustentar estas diversas opiniones, creo que el fundamento de la punición de todos los actos de ejecución del delito tiene que ser, necesariamente unitario y responder a la misma finalidad político-criminal y preventiva que preside todo el derecho penal. La tentativa no es más que una necesidad político-criminal de extender la amenaza o conminación penal prevista para

los tipos delictivos para el caso de consumación de los mismos, a conductas que ciertamente no consuman el delito, pero que están muy próximas a la consumación y se realizan con voluntad para conseguirla. El delito primario y punto de referencia de la intervención del Derecho penal, es pues, el delito en su forma consumada. No existe una tentativa en sí misma, sino la tentativa de consumir algo. En este sentido el art. 16, no es más que una norma penal incompleta que sólo adquiere sentido si se pone en conexión con la correspondiente norma penal completa en la que se describe el supuesto de hecho de un delito consumado. El fundamento de esta extensión de la pena, si bien atenuada, a la tentativa del supuesto de hecho tiene, pues, el mismo fundamento que el castigo del supuesto de hecho consumado doloso del que la tentativa no es más que su complemento: la conculcación objetiva del bien jurídico, que en la tentativa sólo pueden ser la puesta en peligro (criterio objetivo) y la voluntad de conseguir su lesión típica (voluntad criminal manifestada, criterio subjetivo). Si alguno de ellos falta, no podrá apreciarse la tentativa. Precisamente, si hay algún límite entre esta última y las formas impunes de tentativa irreal, absolutamente inidónea, etc., es el que en ellas no se da la mínima puesta en peligro de bienes jurídicos protegidos que justificaría la intervención del Derecho Penal. Y si falta la voluntad de lesionarlos tampoco cabe hablar de forma imperfecta de ejecución punible, ya que ésta sólo es posible en los delitos dolosos”.<sup>41</sup>

Es por ello que es importante recalcar el diferente grado gravedad, y calificar la fase en la que se encuentra el delito, pero teniendo por supuesto bases fundamentadas en la doctrina puesto que muchas veces se deja tan solo al arbitrio de los tribunales la atenuación de la pena cuando se trata de un intento sin alcanzar el acto delictivo, o inclusive se castiga esta mera tentativa con los misma medidas que se toman para la consumación del delito. Considero que existe una clara diferencia en el delito consumado que el delito intentado y es por ello que en el primero existirá un componente que lo califica con una mayor intensidad de gravedad que se tendría que ver reflejado en la pena.

---

<sup>41</sup>FRANCISCO MUÑOZ CONDE, Derecho Penal, parte general, 4º Edición, editorial Tirant Blanch, Valencia, 2000, págs. 474-476.

## **4.2 Autoria y coautoria:**

Se le entiende como autor de un delito a quien realiza el acto delictivo por su propia mano, es decir será quién ejecute el delito sin la necesidad de ayuda de ninguna otra persona, es importante recalcar que este se refiere al autor material, puesto que es quien se encargará de la ejecución del delito; existirán también otros tipos de autores como el autor intelectual quien será el encargado de planear y de calcular todos lo previsible para que el delito se lo haga de una manera eficaz, aunque no siempre resulta de esa manera, es quien lo estructura intelectualmente; sin embargo es otra u otras personas diferentes a este quien se encargará de su ejecución.

Ahora bien, cuando se da la concurrencia de autores materiales e intelectuales, para la consumación de un delito aquí se hablará de coautores, y también se podrá hablar de autores mediatos cuando este utiliza medios diferentes como instrumentos necesarios para que se dé con la ejecución efectiva de un delito.

En nuestro Código Penal se encuentra tipificado al autor de un delito en el Art. 42 que dice lo siguiente: “se reputan autores los que han perpetrado la infracción, sea de una manera directa e inmediata, sea aconsejando o instigando a otro para que la cometa, cuando el consejo ha determinado la perpetración del delito; los que han impedido o procurado impedir que se evite su ejecución; los que han determinado la perpetración del delito y efectuándolo valiéndose de otras personas, imputables o no imputables, mediante precio, dádiva, promesa, orden o cualquier otro medio fraudulento y directo; los que han coadyuvado a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el que no habría podido perpetrarse la infracción; y los que, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obligan a otro a cometer el acto punible, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin”.

“Art. 46.- Los autores de tentativa sufrirán una pena de uno a dos tercios de la que se les habría impuesto si el delito se hubiere consumado. Para la aplicación de la pena se tomará necesariamente en consideración el peligro corrido por el sujeto pasivo de la infracción y los antecedentes del acusado”.

#### 4.2.1 Clases de autoría:

##### 1. “Autoría directa individual:

Autor directo es el que realiza personalmente el delito, es decir, el que de un modo directo y personal realiza el hecho típico. Por ejemplo: El que matare a otro, el que atentare contra la libertad sexual.

##### 2. Autoría mediata:

A la autoría inmediata o directa se equipara la mediata, es decir, aquélla en la que el autor no realiza directa y personalmente el delito, sino sirviéndose de otra persona, generalmente no responsable, que es quien lo realiza. Con un criterio objetivo- formal es difícil fundamentar este tipo de autoría y, sin embargo, es evidente que cuando alguien se sirve, como instrumento de realización del delito, de otra persona que, sin saberlo lo ejecuta, hay que buscar un criterio que permita castigar al autor real y no a su instrumento.

Ejemplo: El que fuerza a otro con violencia o engaño a suscribir un documento falso, realizan directamente el delito y dominan su acción”<sup>42</sup>.

#### 4.2.2 La autoría en el delito de peculado

Habiendo realizado ya una descripción de la autoría aplicados en los delitos en general y habiendo asimismo analizado su clasificación, es necesario pues, referirnos al tema de nuestro análisis, e introducirnos en lo que consiste la autoría en el delito de peculado.

---

<sup>42</sup>FRANCISCO MUÑOZ CONDE, Derecho penal, parte general, 4ta Edición, editorial Tirant Blanch, Valencia 2000. Págs.494 – 503.

Es por ello que para que exista una conducta que encasille con la figura del peculado, es importante que exista una vinculación entre los diferentes elementos que dan como resultado este determinado delito.

Como bien sabemos y en ocasiones anteriores lo he mencionado, el peculado se refiere a aquél delito que los empleados o funcionarios públicos cometen en contra de la administración pública, apropiándose o utilizando caudales para su beneficio propio o para otro, de los cuáles la administración se le ha confiado en razón de su cargo; es entonces cuando vemos claramente que el autor del delito de peculado recaerá necesariamente sobre el empleado o funcionario público; puesto que el sujeto activo tiene que precisamente ostentar de este cargo para que se le pueda ser imputado como autor del delito de peculado, y además cabe recalcar que no sólo basta con ostentar con esta vinculación, sino que además tiene que ostentar de una vinculación funcional con los caudales o efectos que en virtud de sus funciones se encuentran a su cargo.

Es entonces cuando esta vinculación funcional señala cuáles son los casos específicos para que éstos sean considerados como autores, restringiendo a las posibles personas responsables de este ilícito, sólo a aquéllos que son sujetos activos (funcionarios o empleados públicos) de los mismos, y, excluyendo a aquellos que no se encuentran dentro de esta categoría, es por ello, que éste límite tiene que ser observado por los jueces y fiscales, el momento de determinar las normas correccionales.

Es por ello que se ha calificado al delito de peculado como un delito especial debido a la restricción que realiza en el área de los autores y la infracción que hace sobre un deber asegurado institucionalmente que afecta al titular de un determinado status o rol especial, y debido a esto lo que se toma en cuenta en la configuración del delito es este quebrantamiento que se hizo al deber especial, más no a la acción u omisión; sin embargo es importante señalar que uno de los deberes primordiales de los funcionarios del Estado, es de proteger y asegurar los bienes, dineros o caudales que se encuentran bajo su cargo frente a los posibles daños o lesiones que éstos puedan sufrir; es decir tiene que cumplir con sus funciones de una manera en la que pueda preveer posibles circunstancias de daño a la administración pública y porque no también a su persona.

Es por ello que el empleado o funcionario público, al ser parte integrante en las funciones de la administración pública, tiene que responder para con la sociedad y con la entidad en la que se ha comprometido desempeñar una labor correcta con buena fe y así evitar posibles lesiones en los intereses de la administración pública.

### **4.3 Participación en el delito de peculado**

#### 4.3.1 La complicidad

Es aquella persona que ayuda al autor principal mediante un convenio previo, a que se configure el delito. Participa del mismo cooperando para que se dé su plena realización. Su participación en el cometimiento del delito está en menor grado que la del autor principal y su sanción será asimismo en menor nivel; sin embargo es necesario examinar los diferentes casos de complicidad.

Nuestro Código penal lo tipifica en su Art. 43 que dice: “Son cómplices los que indirecta y secundariamente cooperan a la ejecución del acto punible, por medio de actos anteriores, o simultáneos.

Si de las circunstancias particulares de la causa resultare que el acusado de complicidad no quiso cooperar sino en un acto menos grave que el cometido por el autor, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del acto que pretendió ejecutar”.

“La complicidad es una forma de participación, se trata de una contribución a la realización del delito con actos anteriores o simultáneos a la misma, que no pueden, ser

considerados como de autoría. Lo que la distingue de las demás formas de participación es su menor entidad material, de tal forma que la calificación de complicidad hace que la cooperación se castigue con una pena inferior en grado a la que merezcan los autores del delito.

Es cómplice aquél cuya cooperación al delito no pueda calificarse ni de autoría, ni de inducción ni de cooperación necesaria.

Para la pena prevista para la complicidad, la conducta habrá de tener alguna eficacia causal, aunque sea mínima, en el comportamiento del autor y reunir, además cierta peligrosidad.

Pero la mera peligrosidad de la acción no basta para apreciar complicidad, además que el riesgo de favorecer la comisión del delito por el autor se traduzca a una efectiva cooperación no necesaria a la ejecución.

Así una conducta, para ser considerada complicidad, debe ser de tal manera causal, que realmente hay asegurado o facilitado la ejecución del hecho o intensificado el resultado del delito en la forma en que era previsible.

También existe la complicidad psíquica, que puede consistir en un asesoramiento técnico, o en un reforzamiento de la voluntad delictiva debilitada en el autor. Por ejemplo: Quien explica al autor la forma más fácil de pasar ilegalmente droga por una aduana. También es posible la complicidad en comisión por omisión, siempre que exista posición de garante y quepa afirmar que la comisión contribuyó, en una causalidad hipotética, a facilitar o favorecer la causación del delito por el autor.

La complicidad, es importante recalcar además que sólo es punible en su forma dolosa<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup>FRANCISCO MUÑOZ CONDE, Derecho penal, parte general, 4ta edición, Editorial Tirant Blanch, Valencia, 2000, págs. 513 – 515.

#### 4.3.2 La complicidad en el delito de peculado

Como lo he mencionado en líneas anteriores, se define al cómplice como la persona que ayuda o socorre para que se dé la realización del delito, es por ello que la participación del inculpado en la fase de ejecución del delito de peculado, se realiza al producirse la apropiación de los caudales, bienes o dineros de la administración pública para un tercero; sin embargo aquí surge muchas interrogantes como el hecho de poder trasladar las cualidades personales del autor al partícipe en el delito de peculado.

Algunos autores consideran que los actos de cooperación que puedan realizar ciertas personas con el afán de colaborar en la consumación del delito de peculado consisten más en los actos de preparación, antes de su ejecución; sin embargo para otros autores es necesario de que su participación se dé hasta el fin propuesto inicialmente, restringiendo el hecho de que pueda ocurrir, sin embargo considero que el hecho de que se realicen actos para ayudar con la consumación del ilícito bastará para que se le considere la complicidad, ahora bien el nivel en el que este preste su auxilio o socorro en el mismo dependerá de cada caso determinado.

#### 4.3.3. El encubridor

“Es aquella persona que actúa a favor del delincuente y que por una acción u omisión lo beneficia al mismo sin que exista un convenio previo entre las partes, es decir conocen la conducta y la consumación del hecho y les facilitan los medios necesarios para que no sean descubiertos o a su vez ocultan instrumentos utilizados por el autor del delito, su fin es el de que no se descubra al delincuente e impide el esclarecimiento de la verdad.

Asimismo, el proporcionar la diferente ayuda que un encubridor presta para que el malhechor no sea atrapado, si bien puede consistir en una parte primordial del acto posterior a su ejecución; sin embargo no consiste en la consumación del mismo; es por

ello que también la pena aplicable a éstas personas será menor que la del autor del delito”<sup>44</sup>.

“Art. 44.- Son encubridores los que, conociendo la conducta delictuosa de los malhechores, les suministran, habitualmente, alojamiento, escondite, o lugar de reunión; o les proporcionan los medios para que se aprovechen de los efectos del delito cometido; o los favorecen, ocultando los instrumentos o pruebas materiales de la infracción, o inutilizando las señales o huellas del delito, para evitar su represión y los que, estando obligados por razón de su profesión, empleo, arte u oficio, a practicar el examen de las señales o huellas del delito, o el esclarecimiento del acto punible, oculten o alteren la verdad, con propósito de favorecer al delincuente”.

“Art. 48.- Los encubridores serán reprimidos con la cuarta parte de la pena aplicable a los autores del delito; pero en ningún caso ésta excederá de dos años, ni será de reclusión”.

“Art. 49.- En los casos de delitos contra las personas, quedarán exentos de responsabilidad, por ocultación, los amigos íntimos y los que hubieren recibido grandes beneficios del responsable del delito, antes de su ejecución”.

#### 4.3.4 Diferencias entre autoría y participación:

“En una palabra la autoría es lo principal y la participación es accesorio, es por ello que es esencial hacer una diferencia entre lo que implica la autoría (cualquiera que sea la clase de la misma para la ejecución del delito), y la participación en el acto delictivo, puesto que como lo mencioné en párrafos anteriores si bien en algunos casos es primordial la participación en la conducta delictiva del autor inclusive para que este se

---

<sup>44</sup>EL PECULADO, Campo Edmundo Rubio Angulo, Bogotá, D.E. 1985, pág. 72.

ejecute; sin embargo existen casos en los que ni siquiera es necesaria la cooperación de ninguna persona para el cometimiento del ilícito, y por esa razón su mera intervención en el ilícito será considerada en un menor grado, es por ello fundamental señalar cada posición en la que incurre determinada persona, bien sea su directa participación en el mismo para que se dé su consumación para que se dé el ilícito o para que no se descubra luego de haberlo ejecutado.

Es por ello que al existir esta accesoriedad por parte de las personas que participan en el delito de peculado, están colaborando con la ejecución del ilícito, los mismos que pueden realizarse antes de la etapa de su consumación, es decir en cuanto a los actos de preparación, y asimismo existe la posibilidad de su participación en actos posteriores al mismo; sin embargo la tipicidad de la participación comienza junto con el hecho principal, de manera que si no existiría el impulso causado por la conducta del autor, es entonces cuando no existiría obviamente la participación de nadie, lo cual implicaría una menor pena y sanción para su colaboración en el mismo.

Ahora bien existen autores que por otro lado consideran que los actos posteriores a la ejecución del acto ilícito no es típica, por lo tanto tampoco puede ser considerada como delito; criterio que me encuentro en desacuerdo puesto que existen actos que se cometen luego de haber ejecutado el delito de peculado y que son claves para que no se descubra el mismo, como el encubrimiento en el que se utiliza todos los medios e instrumentos necesarios para que no se revele la verdad del ilícito.

La diferenciación entre la autoría y las formas de participación accesorias responde a los llamados sistemas diferenciadores, frente a los sistemas unitarios que renunciando al principio de accesoriedad, afirma la responsabilidad autónoma, como autores de todos los intervinientes en el hecho punible.<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup>EL PECULADO, Campo Edmundo Rubio Angulo, Bogotá, D.E. 1985, pág. 52.

#### 4.4 El intraneus y extraneus:

“El extraneus puede ser una persona que induce o auxilia o también puede consistir en un encubridor, es entonces cuando al poseer estas determinadas funciones que ha de cumplir, no se lo puede categorizar como autor de un delito, sino como cómplice del mismo, puesto que el autor será encargado de la ejecución del ilícito, empleando todos los medios necesario para su consumación, y por supuesto que lo haya realizado físicamente, éste por su parte será considerado intraneus.

Es por ello que podría decirse que el bien jurídico que en el tipo penal se protege, solo puede ser lesionado por quien tenga la categoría personal que allí se reclama, pero no obsta para reconocer, que nada impide que quien no posea tal calidad puede ayudar a quien tiene la ejecución del hecho cuya verificación conlleva la vulneración del interés legalmente tutelado.

Es necesario, destacar que solo puede haber complicidad del extraneus en el delito que requiera sujeto activo cualificado, en la medida en que conozca la calidad exigida por el atipo al agente y sepa que la persona a quien va a prestar ayuda tiene dicha cualidad. Aceptando que el extraneus responde por la participación que le cabe en un delito ajeno y no en uno propio, es fuerza conocer que para responsabilizarlo de aquel hecho delictivo, es preciso que haya estado en conocimiento de todos los elementos que integran el tipo realizado por el autor principal, uno de los cuales es, precisamente, la calidad especial de este último.”<sup>46</sup>

---

<sup>4646</sup>EL PECULADO, Campo Edmundo Rubio Angulo, Bogotá, D.E. 1985, pág. 42.

#### 4.4.1 El intraneus y extraneus en el delito de peculado

Al tratarse de delitos especiales como es el delito de peculado es importante señalar a los sujetos calificados para que sean considerados como autores del ilícito, por lo que tomará el nombre de “intraneus” a esta peculiaridad de este tipo de ilícito; mientras que los que no reúnen esta característica constituyen el “extraneus”.

Ahora bien es importante determinar esta calidad para que los que no lo tienen pueden ser partícipes en la consumación del mismo o a su vez en el encubrimiento del delito de peculado.

Ya que si es que analizamos detenidamente el vocablo intraneus, podremos ver que este viene etimológicamente de “in” que indica posición interior, y de administración, es por ello que será considerada intraneus, la persona que se encuentra dentro de la administración pública cumpliendo las funciones de servidor o empleado público.

En cambio el extraneus, deriva de ex que quiere decir “fuera de”, es por ello que lo que denota este vocablo es que está fuera de la administración pública.

Ahora bien es importante recalcar que en este tipo de delitos especiales existen sujetos que son determinantes para la existencia del delito, los mismos que suponen una calidad especial del sujeto este podría considerado como delito común y no encasillaría dentro del delito de peculado, que es el tema correspondiente a esta tesis.

“El profesor Bernal Pinzón dice que para que se dé el concurso de personas en un delito propio o especial como lo es el peculado, es esencial que el autor sea sujeto cualificado, ya que es el único capaz de realizar una conducta típica. Es importante anotar que en la participación el delito es uno; no hay tantos delitos cuantos son los partícipes. Por lo tanto para que se dé el concurso en el delito propio es indispensable que el autor sea una especie de sujeto típico, y para ellos la punibilidad del partícipe no nace de la violación de la norma típica, sino de aquella que consagra la participación...”

por consiguiente: siendo la conducta del partícipe accesoria desde el punto de la tipicidad, se hace necesario que un sujeto, el calificado, realice la conducta descrita en el modelo o tipo. Desde el punto de vista causal, todos los concurrentes pueden ser iguales, porque todos han puesto un conditio sine qua non para la realización del hecho; pero de esa igualdad jurídica.

El partícipe responderá por el mismo título de delito del autor, porque el hecho es único, y contra esto no se puede argumentar que en relación con el concurrente faltaría la conducta conforme al modelo, por la razón antes expuesta, o sea porque la tipicidad de la conducta del concurrente no surge del modelo de la parte especial, sino de la norma extensiva o complementaria de la parte general.

Entonces, para que una persona se pueda llamar a responde como cómplice o partícipe en el delito de peculado, sea necesario que conozca, que sepa, que concurre con un sujeto calificado.

Sin duda, el extraneus, es quien carece de la cualificación jurídica, y puede obrar como cómplice, de acuerdo a la doctrina internacional, y cuando un extraneus determina al intraneus en los tipos con sujeto activo cualificado.

A manera de conclusión en los delitos especiales, como lo es el delito de peculado, en los cuales se necesita de que el autor, sea un sujeto cualificado para que se configure el delito, y va a ser esta persona quién realice la conducta de manera típica; sin embargo tendrá la misma pena el que lo determinó a realizar el hecho delictuoso, aunque no tenga tal cualificación, pero que participó en la realización del ilícito, y existen ciertas circunstancias en que no se hubiera logrado el objetivo propuesto por el autor inicialmente sin el auxilio o undicción por parte del cómplice quien será considerado el “extraneus”.

El doctor Bernal, sostiene que si el cómplice desconoce la calidad del empleado oficial del autor, ello no impide que tenga la voluntad de realizar el delito como hecho y no como noción abstracta.

Si el cómplice colabora con un empleado oficial para la sustracción de algunos bienes, pero ignora en forma absoluta que este empleado pertenece a la administración pública,

que tiene disponibilidad jurídica o material sobre los bienes, y que éstos puedan pertenecer al Estado, es decir, si cree por todos los factores que está colaborando efectivamente en la comisión de un delito contra la propiedad, aquí sí se quebrantaría el principio de culpabilidad, si se le considerase como cómplice de peculado porque desconoce no solamente nociones abstractas, sino hechos reales por los cuales no debe responder. Su conducta debe ubicarse, según la modalidad, en el tipo penal en que encajaría conforme a su psicológico y material obrar<sup>47</sup>.

#### **4.5 El delito consumado**

“Consumación formal: Es la plena realización del tipo en todos sus elementos.

La consumación se produce en el momento de la producción del resultado lesivo. Por ejemplo: En los delitos contra la vida: con la muerte del sujeto pasivo. Sin embargo, el legislador puede adelantar la consumación a un momento anterior. Así en los delitos de consumación anticipada, el legislador no espera a que se produzca el resultado lesivo que con la prohibición penal se trata de evitar, sino que declara ya consumado el hecho en un momento anterior. Así por ejemplo, el delito de rebelión se consuma desde el momento en que se produce un alzamiento público y violento para alcanzar determinados fines; no es por tanto necesario que se consigan dichos fines.

Consumación material: Es el agotamiento o terminación del delito, en la que el autor no sólo realiza todos los elementos típicos, sino que además consigue satisfacer la intención que perseguía. Sin embargo; algunas veces el legislador hace coincidir la consumación formal y la material o tiene en cuenta el propósito ulterior a la consumación formal como elemento subjetivo del injusto. Por ejemplo: En el que el ánimo de lucro se convierte en el elemento definidor del tipo, sin que para la

---

<sup>47</sup>ANTONIO CANCINO, el peculado, editorial TEMIS, Bogotá – Colombia, 1983, págs. 204- 211.

consumación formal del hurto sea necesario que el autor llegue efectivamente a lucrarse”<sup>48</sup>.

#### 4.5.1 Momento de consumación del hecho delictivo

El delito de peculado se ejecuta cuando el autor del mismo ha empleado todos los medios suficientes e instrumentos necesarios para su consumación y los ha puesto en práctica, es necesario pues que exista previamente una estructuración del delito y que físicamente haya realizado el hecho delictivo; siempre y cuando se hayan configurado todos los elementos determinantes para que este sea considerado como tal, y asimismo poderle encasillar dentro de las diferentes categorías del delito de peculado.

Es de gran importancia señalar que aunque se de una acción repetida del mismo delito, y aún cuando sea ejecutada en diversas ocasiones y en tiempos diferentes este constituirá un solo delito y será juzgado por éste siempre y cuando los bienes o caudales que se hayan aprovechado estén a cargo de un funcionario público.

“El delito se consuma en cuanto se realiza la apropiación o en el momento que ésta se consciente.

El delito se consuma en el momento en el que el funcionario público, aplica a usos propios los caudales puestos a su cargo y el ilícito existe aún cuando no se cause daño o entorpecimiento al servicio público, el causarlo en los fondos destinados a la defensa pública.

Consideramos, además, que es indiferente la cuantía del dinero o de los efectos aplicados a usos indebidos y la circunstancia de que el culpable pueda más adelante reintegrar total o parcialmente la cantidad desfalcada, esto pues no altera la realidad del delito.

---

<sup>48</sup>FRANCISCO MUÑOZ CONDE, Derecho penal, parte general, 4ta edición, editorial Tirant Blanch, págs. 472-473.

En conclusión podemos señalar, que el momento consumativo del delito de peculado, es distinto, según la razón de la tenencia ejercida por el sujeto:

La sola circunstancia de incorporar los bienes sujetos a su control, se cometerá el delito en ese momento, porque existe apropiación indebida.

Cuando el funcionario tiene solamente la obligación de entregar otro tanto igual de lo percibido, el delito se consume cuando no rinde cuentas o ésta no se lo haga a su debido tiempo.

El desfaldo de caja, se opera y se consume el hecho delictuoso con la sola incorporación de los bienes al patrimonio del funcionario.

La persona particular no comete peculado, sino hurto, robo o estafa según el caso y se consume este o estos delitos en el momento en que el particular se apropia de dineros o bienes públicos<sup>49</sup>.

## **CONCLUSIONES:**

A manera de conclusión de este capítulo podremos ver que es muy importante establecer los diferentes grados de consumación que llevan a cometer el ilícito; sin embargo a pesar que dogmáticamente hay base para sustentar tanto a la tentativa como a la consumación, creo que el fundamento de la punición de todos los actos de ejecución del delito tiene que ser, necesariamente unitario y responder a la misma finalidad político-criminal y preventiva que preside todo el derecho penal. La tentativa no es más que una necesidad político-criminal de extender la amenaza o conminación penal prevista para los tipos delictivos para el caso de consumación de los mismos, a conductas que ciertamente no consuman el delito, pero que están muy próximas a la consumación y se realizan con voluntad para conseguirla. El delito primario y punto de referencia de la intervención del Derecho penal, es pues, el delito en su forma consumada. No existe una tentativa en sí misma, sino la tentativa de consumir algo. El desvalor del resultado al ser mayor en la consumación, determina una mayor antijuridicidad de ésta; sin embargo, el desvalor de la acción es el mismo en una y otra,

---

<sup>49</sup>GUSTAVO FLORES, JOSÉ GARCÍA, Manual de práctica procesal en los juicios por peculado, segunda edición, Quito – Ecuador, 1982, 85, 86.

de ahí que el elemento subjetivo, la intención o dolo de consumir el delito, sea el mismo en ambas.

## **CAPITULO V**

### **5.1 ANÁLISIS DEL CASO PRÁCTICO DE UN PROCESO INICIADO A LOS FUNCIONARIOS DEL MONTE DE PIEDAD POR UN SUPUESTO DELITO DE PECULADO.**

#### **INTRODUCCIÓN:**

En el siguiente capítulo realizaré un análisis práctico del delito de peculado, cometido por los funcionarios públicos del Monte de Piedad, comenzando por señalar las reglas establecidas de la Institución, las cuales también asientan sus criterios en normas jurídicas y técnicas como en la Constitución de la República del, Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, y demás, para de esa manera determinar con fundamentos y bases sentadas de qué manera se incumplió con lo establecido en el mismo, y como se configura el ilícito.

Se señalará además la naturaleza, el procedimiento, la forma en la que se realiza la concesión de préstamos prendarios y demás elementos esenciales para el cumplimiento cabal de las funciones de los funcionarios públicos en el Monte de Piedad de Cuenca.

Finalmente es importante señalar el caso en sí discutido y analizado por las diferentes entidades como lo es en primer lugar, el examen de las operaciones administrativas y financieras del Monte de Piedad de Cuenca. La investigación por parte del Ministerio Público, y el análisis de la Superintendencia de Bancos y Seguros, y diferentes resoluciones que ya se han llevado a cabo y así con estos elementos he realizado mi teoría del caso con el objetivo de descubrir la verdad y alcanzar una justicia que debería ser cumplida.

El siguiente análisis se lo realizará únicamente con fines académicos por lo que, no se mencionará nombres completos, de los funcionarios del Monte de Piedad; así como tampoco de las personas afectadas en razón de guardar el debido respeto ante los mismos, al no existir hasta el desarrollo del presente trabajo una sentencia firme, a más de ser un proceso sumamente delicado y discutido.

- **El Monte de Piedad de la ciudad de Cuenca**

“Es importante establecer cuáles son las reglas establecidas por el Monte de Piedad de la ciudad de Cuenca, las cuales también asientan sus criterios en normas jurídicas y técnicas como en la Constitución de la República del, Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, Reglamento vigente de Montes de Piedad del IESS, Reglamento de Fiscalización, Registro oficial N° 595, para de esa manera determinar con fundamentos y bases sentadas de qué manera se incumplió con lo establecido en el mismo, y como se configura el ilícito, es por ello que:

Los Montes de Piedad son establecimientos de carácter económico que prestan cantidades de dinero, con la garantía especialmente de joyas de oro y piedras preciosas, cobrando un interés, en el tiempo de duración de crédito, cuyos objetivos son:

- Conceder préstamos a los particulares, con una garantía.
- Garantizar la conservación de las prendas de los clientes que acceden a los préstamos.
- Autofinanciación de sus operaciones y generar utilidades para el Instituto.

Con la finalidad de cumplir con la misión y los objetivos descritos es necesario que el servicio prestado por el Sistema sea de calidad y que las operaciones y recursos sean manejados en forma eficiente y eficaz.

## Transacciones

### 5.1.1 Concesión de préstamos prendarios

#### Naturaleza:

Conjunto de operaciones a través de los cuales se otorga dinero a personas naturales en calidad de préstamos con una garantía, para asegurar el cumplimiento de la obligación.

#### Procedimiento:

- Un objeto podrá ser aceptado como prenda, si no es susceptible de deterioro por el transcurso del tiempo, tales como joyas de oro y piedras preciosas.
- Todo objeto ofrecido en prenda será examinado y tasado dentro del local del Monte de Piedad, por un funcionario, perito en ésta función bajo su responsabilidad pecuniaria.
- Para la concesión de préstamos el Monte de Piedad podrá exigir todas las certificaciones que creyere oportuno. Comunicar e implementar las recomendaciones por parte de la Auditoría Interna.
- La cantidad prestada no excederá del 60% del valor del avalúo, que el tasador hubiere señalado al objeto dado en garantía.
- El plazo de los préstamos será de 180 días.
- Los Montes de Piedad cobrarán por concepto de interés, custodia y almacenaje y formularios los porcentajes que estuvieren autorizados de conformidad a las disposiciones respectivas, los porcentajes de interés, custodia y almacenaje se cobrarán por adelantado por todo el tiempo del préstamo, descontado del valor prestado, y que es fijado de conformidad a la tasa referencial activa del Banco Central del Ecuador publicada cada semana.

- Por interés de mora en el pago del capital prestado, cobrará el interés vigente del mercado que se fija sobre el saldo que adeude desde la fecha del vencimiento del plazo, de conformidad a la Ley de Seguridad Social publicada en el Registro Oficial N° 465 del 2001 – 11 – 30, referente a la aplicación de las de las tasas de interés de mora para las operaciones vencidas de créditos, obligaciones patronales y fondos de reserva.
- Si el monte de Piedad estuviere en imposibilidad de devolver el objeto dado en prenda abonará por toda indemnización el valor del avalúo más el 90% de recargo, deduciendo lo adeudado por capital, interés y demás derechos de los Montes de piedad de acuerdo al Art. 21 Reformado del Reglamento Vigente.

#### 5.1.2 Cancelación de préstamos prendarios:

##### Naturaleza:

El pago total del préstamo, intereses y custodia y almacenaje de mora. Una vez recibidos los valores se procederá a entregar al cliente la prenda en el mismo estado que se recibieron, salvo posibles deterioros comprensibles por el tiempo transcurrido.

##### Procedimiento:

- En caso de cancelación anticipada, se devolverá al cliente el valor que corresponde al interés pactado, por el tiempo que faltare para el vencimiento del plazo, se retendrá el 3% por concepto de custodia y almacenaje.
- El cliente que cancele un préstamo debe retirar de inmediato la prenda correspondiente, si no lo hiciere en el plazo de 30 días, cancelará el porcentaje fijado por custodia y almacenaje, que se calculará sobre el valor del avalúo del préstamo y durante el tiempo que la prenda permanezca en la bóveda por un máximo de 5 años y un 10% en total.
- La prenda podrá ser retirada por la persona a cuyo nombre se hubiere efectuado el préstamo, los herederos o si se hubiere realizado un endoso, el que deberá ser registrado en cada Agencia del Crédito prendario.
- En caso de fallecimiento del cliente es necesario contar con el documento de Posesión Efectiva, otorgado por una Notaria y una autorización de los herederos para

que sea una sola persona la que pueda retirar la prenda. Contando con estos documentos se procederá a elaborar una Acta en las instalaciones del Monte de Piedad, en la que constarán las firmas respectivas y el Visto Bueno del Coordinador de la Agencia.

- En caso de que el cliente a cuyo nombre consta la papeleta del préstamo haya desaparecido o se desconozca su domicilio y existan personas con derecho, se procederá a entregar la misma con la elaboración de una Acta y la firma de dos testigos, que serán corresponsables pecuniariamente por un monto equivalente al 90% sobre el avalúo, en caso de que el cliente reclame sus derechos.
- En caso de pérdida del comprobante original, el cliente deberá comunicar sobre el particular a la Institución; obteniendo de una Notaria el documento denominado Reconocimiento de Firmas para poder obtener una papeleta supletoria y cancelar el préstamo.
- Todo pago al Monte de Piedad se hará en efectivo o con cheque certificado.
- En todo caso se cobrará el costo del formulario.

### 5.1.3 Remate de prendas:

Naturaleza:

Es una actividad periódica que realizan los Montes de Piedad con aquellas prendas que no han sido canceladas, renovadas en el plazo convenido, y que son vendidas en subasta pública al mejor postor.

Procedimiento:

- Transcurrido 30 días del vencimiento, la prenda se encuentra en situación de remate.
- El número de Remates y las fechas que deben llevarse a cabo, serán determinados por el Responsable del Sistema de Crédito Prendario o quién lo represente.
- Previo a la realización del remate, el Monte de Piedad, hará conocer públicamente del mismo a través de carteles en lugar visibles, publicaciones de prensa

y anuncios radiales los que se efectuarán con por lo menos ocho días de anticipación a la fecha de iniciación del remate.

- El remate debe ser Presidido por la Junta de Remates, la que está conformada por: El Delegado de la Administración, el Responsable de cada Agencia, el Contador, y el Valorador encargado del revalúo y cuya función es garantizar la legalidad y veracidad del proceso.
- Las prendas que ingresan al proceso de remate deben corresponder en calidad y especificaciones a las determinadas por el Valorador en el préstamo inicial.
- Se destinará un local destinado a la exhibición de prendas a rematarse.
- El cliente podrá cancelar la prenda en cualquier momento, siempre que cubra el valor adeudado.
- La base para el remate será el avalúo fijado por el Valorador al momento de efectuar el préstamo inicial, por lo tanto no se aceptarán posturas que no cubran dicha base.
- Aceptada una oferta, se pagará en efectivo o cheque certificado y no habrá reclamo posterior.
- A los compradores de estas prendas se les entregará un documento denominado Título de Remate que garantizará la propiedad de la misma.
- Las prendas por las que no se presentaren posturas serán pregonadas por dos ocasiones más, fijan como base la suma que cubra el valor del capital e intereses, más gastos de remate.
- Luego de cada remate se realizará un acta con el detalle tanto de prendas rematadas, prendas no rematadas, éste será firmada por el Responsable de la Agencia, el Contador y el Valorador.
- Si con el producto del remate de alguna prenda no se cubre la deuda, el Valorador está obligado a cubrir el saldo negativo. Si por el contrario el valor es mayor, este excedente deberá devolverse al cliente como Sobrante de Remate.
- En todos los casos se cobrará un valor del 5% sobre el valor producto del remate por concepto de comisión.
- Los valores recibidos por remate serán depositados en forma intacta e independientemente del resto de operaciones del Monte de Piedad.

#### 5.1.4 Remate voluntario

##### Naturaleza:

Un cliente puede solicitar voluntariamente ante el Responsable de la Agencia, el ingreso de una prenda que cumpla con las características exigidas por la Institución en el proceso de remates.

##### Procedimiento:

- Con solicitud escrita del dueño de la prenda, podrá someterse a remate solamente si el préstamo no se encuentra vencido, en cuyo caso se cobrará un 5% de comisión sobre el valor del remate.
- También podrá rematarse a solicitud escrita del cliente, prendas que no consten como garantía prendaria, en cuyo caso se cobrará el 10% de comisión sobre el valor del remate.”<sup>50</sup>

- **Fundamento Legal**

Ahora bien, de acuerdo al REGLAMENTO GENERAL DE LOS MONTES DE PIEDAD DE LA CAJA DE PENSIONES, en su art. 1 que dice: “Los Montes de Piedad, organismos dependientes de la Caja de Pensiones, tienen por objeto otorgar al público préstamos sobre prendas, de conformidad con lo dispuesto en las leyes pertinentes, en los Estatutos de la Caja y en el presente Reglamento.

Art. 5 Los empleados de los Montes de Piedad que tuvieren valores a su cargo, deberán rendir caución previa al desempeño de sus funciones, en la cuantía que fije el Consejo de Administración.

---

<sup>50</sup>REGLAMENTO GENERAL DE LOS MONTES DE PIEDAD, págs.. 45-99.

Art. 15 Los Montes de Piedad llevarán un registro de solicitudes para préstamos, en el cual los interesados indicarán la cantidad que requieren, sus referencias personales y bancarias y la prenda que ofrecen en garantía.

Art. 42 Transcurridos treinta días desde la fecha de vencimiento de los préstamos las prendas que los garantizan se destinarán a la venta en pública subasta.

Art. 47 El dueño de una prenda tiene derecho a retirarla en cualquier momento, siempre que cubre todo el valor adeudado, pero solamente mientras la prenda no hubiere sido rematada.

Art. 48 La base para el remate será el avalúo fijado por el tasador al momento de efectuar el préstamo. No se aceptarán posturas que no cubran dicha base.

- **Examen especial a las operaciones administrativas y financieras del Monte de Piedad de Cuenca (ANEXO 5).**

Informe parcial de indicios de responsabilidad penal: "Motivo del examen:

El examen especial a las operaciones administrativas y financieras del Monte de Piedad de Cuenca se realiza en cumplimiento del Plan Anual de actividades de la Auditoría Interna del IESS, del año 2004 y de acuerdo con la Orden de Trabajo, de noviembre 10 de 2004, emitida por el Auditor Interno Jefe.

Objetivos del examen:

- Evaluar la calidad de los servicios del Monte de Piedad de Cuenca.
- Verificar si las operaciones administrativas y financieras han sido desarrolladas en forma eficiente.
- Determinar el cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables en el periodo examinado.

Alcance del examen:

Cubre las operaciones administrativas y financieras del Monte de piedad de Cuenca y medidas de control aplicadas en dependencias de la Dirección General del IESS y de la Dirección Provincial del Azuay, respecto de la subasta pública de bienes realizada en el mes de Noviembre 10 de 2004.

Monto de recursos examinados:

Para las operaciones crediticias, a noviembre de 2004 el Monte de Piedad de Cuenca contó con Capital Pagado de US\$ 782,896,62, registrando contablemente Préstamos Prendarios por US\$ 966,154,26 (alhajas) y US\$ 11,32 (prendas varias).

En la subasta pública de bienes realizada en el Monte de Piedad de Cuenca en noviembre 10 de 2004, habrían sido rematadas en US\$ 46.135,00, las prendas valuadas en US\$ 51, 221,51, en garantía de 291 préstamos vencidos.

De conformidad con las evidencias obtenidas, se desprende que en la subasta pública de bienes realizada en el Monte de Piedad de Cuenca en noviembre 10 de 2004, cuya acta ha sido suscrita por el señor Jorge F., Economista

El auditor interno Dr. Germán L., realiza un informe el cual se remite al Director General del IESS, en el cual se desprenden hechos que podrían encuadrarse a los ilícitos tipificados en el artículo 257 del Código Penal de acuerdo con el examen especial a las operaciones administrativas y financieras del Monte de Piedad de Cuenca, el cual se efectúa de acuerdo con las Normas Ecuatorianas de Auditoría Gubernamental aplicables y obligatorias en las entidades y organismos del Sector Público, sometidos al control de la Contraloría General del Estado.

Resultados del examen:

Según acta (ANEXO 3), a los doce días de noviembre del dos mil cuatro, en el local donde funciona el Monte de Piedad de Cuenca, se constituyeron los señores Abg. Carlos S. Subdirector de Servicios del Asegurado, Eco. Jorge F., Economista Especialista Coordinador, Luz P., Valoradora, Abg. Marco P., Recibidor Pagador, Luisa

O., Auxiliar de Contabilidad; y, Germán G., Guardalmacén, con el objeto de proceder a los remates en pública subasta de los bienes prendarios que garantizan las obligaciones correspondientes al periodo comprendido desde diciembre 1 de 2003 hasta marzo 31 de 2004. De 766 préstamos vencidos serie "A" alhajas en estado de remate a esa fecha fueron cancelados 156, renovados 319 y subastadas las prendas de 291, por US \$ 46.135,00.

En oficios N° 5 y 16 CONTABILIDAD de febrero 22 y marzo 14 de 2005, la señora Luisa O., Auxiliar de Contabilidad, expuso que no pudieron hacerse en forma inmediata el acta y los informes debido a que el sistema no emitía los cuadros definitivos de remate, indicando que la subasta se realizó en noviembre 10 y el acta se elaboró en noviembre 12 de 2004, sin constar la firma del Subdirector de Servicios del Asegurado, debido a que "no tengo ningún oficio que le designe como parte de la mesa de remate".

El abg. Carlos S., Subdirector de Servicios al Asegurado, nos informa haber cumplido el acto de presidir la subasta realizada en noviembre 10 de 2004 y que "Para legalizar el acta correspondiente, requería a la Contadora de la Unidad Prendaria Cuenca, me proporcioné documentos de respaldo, y los mismos han sido destruidos; razón por la cual no la he legalizado; ya que en las subastas en las que intervine como Presidente de la Junta de Remates – Delegado del Jefe de los Montes de Piedad del IESS, participaron el pregonero, dos estudiantes a los cuales el Econ. Jorge F. había pedido la colaboración y una señorita estudiante que realizaba las prácticas en RRHH, a la cual solicité que exhiba las prendas.

#### Conclusión:

Para el equipo de Auditoria, las personas que actuaron en el remate del 10 de noviembre de 2004: Abg. Carlos S. Eco. Jorge F., Economista Especialista Coordinador, Luz P., Valoradora, Abg. Marco P., Recibidor Pagador, Luisa. O., Auxiliar de Contabilidad; y, Germán G., Guardalmacén, fueron inobservadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas vigentes, determinando situaciones que les permitió presumir la disposición arbitraria de una parte de los valores recaudados, con perjuicio económico a la entidad, que debe resarcir esos valores a los propietarios de las prendas

subastadas, hechos que se encuadrarían en lo previsto en el artículo 257 del Código Penal, la cual señala que: “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 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, 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.

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.

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.

Lo comentado se demuestra, con las copias de títulos de remate de prendas en garantía de préstamos vencido, que contienen rúbricas y sellos de los servidores que recaudaron valores y entregaron las prendas en dicho evento, con numeración que difiere con la de los documentos originales que por esos préstamos se encuentran en archivos y que falta en la secuencia numérica emitida, y con valores superiores a los que constan registrados y depositados en la cuenta corriente bancaria respectiva; evidenciando la alteración de documentos públicos.

De acuerdo con la información proporcionada por los señores: Abg. Carlos S., Eco. Jorge F., Economista Especialista Coordinador, Luz P., Valoradora, Abg. Marco P., Recibidor Pagador, Luisa. O., Auxiliar de Contabilidad; y, Germán G., Guardalmacén, la base para el remate de cada prenda fue el avalúo establecido al momento de conceder el préstamo correspondiente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 del Reglamento General de los Montes de Piedad, habiendo sido aceptadas ofertas por valores iguales o inferiores en un 10%, en dos o tres casos; sin embargo, en archivos se encuentran los originales de 155 títulos de remate de prendas en garantía de préstamos vencido, con valores inferiores a esa base que suman US\$8.578,57 y promedios desde US\$ 1,34 el gramo de oro; por lo que se presume, que hubieron anulaciones injustificadas entre los 122 títulos de remate que faltan en la secuencia numérica emitida, habiéndose procesado posterior a su recaudación, nuevos documentos con valores inferiores, cuyos originales sin firma de los rematistas se encuentra en archivos.

La señora Luisa O., Auxiliar de Contabilidad, a través del sistema informático operado bajo responsabilidad del Guardalmacén, a decir del equipo de auditoría procesó y emitió los títulos de remate correspondientes, existiendo duplicidad de documentos con un mismo número, a pesar de que la numeración se genera automáticamente, habiendo sido emitidos dos títulos de remate con valores diferentes por una misma prenda subastada, estando registrado contablemente y en archivos informáticos, y depositado en la cuenta bancaria respectivamente el de menor valor; con desaparición de documentos que forman parte del soporte de la subasta. El señor Germán O., Guardalmacén, actuó como Recibidor Pagador en esa subasta. Es importante manifestar que la persona que verificó la desaparición de los títulos del sistema informático, y que corroboró con algunos daños en el sistema informático fue el señor economista Ruiz D., persona que si bien no tiene un título de ingeniero en sistema era

la responsable de realizar todas las debidas observaciones correspondientes, y las realizó de la mejor manera; lo que es preciso mencionar que una persona con experiencia y con conocimiento amplio de la materia por sus años de trabajo y demás, realizó un trabajo mucho más eficiente que cualquier otra persona con un título y profesional en un rama pero con una carencia de conocimiento práctico a diferencia de esta persona mencionada. Además se presentaron varias experticias realizadas por peritos del IESS, de la Contraloría y de la Superintendencia de Bancos, que coinciden con las opiniones vertidas por el señor Eco. Encargado de revisar el sistema informático.

- **Investigación por parte de Fiscalía del Azuay:**

De acuerdo con los elementos que se han reunido, de lo ocurrido en el Monte de Piedad en fecha 10 de noviembre de 2004, de un presunto delito de peculado, se da paso a la indagación previa en la Fiscalía Distrital del Azuay.

#### Antecedentes

- Inicio de indagación previa 08 de septiembre del 2005:

“De acuerdo con la disposición del Ministerio Público del Ecuador, en la Indagación Previa N° 238 -05, se oficia al señor Auditor Interno Jefe del IESS – Quito, para que de esa manera se disponga las comparecencias de la Ab. Fanny P., del Econ. Ricardo R. y del Ing. Leonardo L., quienes son apoyo técnico, supervisor y jefe de equipo respectivamente; los mismos que estuvieron a cargo de la realización del informe parcial del examen especial a las operaciones administrativas y financieras del Monte de Piedad de Cuenca, los mismos que se pronuncias en breves rasgos y de manera concordante los tres en los siguientes términos:

Que los tres se encuentran trabajando en el Seguro Social desempeñando sus respectivos cargos anteriormente señalados, y que los informes de las unidades de Auditorías Internas son suscritos por el jefe de la unidad como el caso del informe denominado: informe parcial de indicios de responsabilidad penal que aparece suscrito por el Dr. Germán L. Auditor Interno Jefe del IESS, ejecutados a las Operaciones Administrativas y Financieras del Monte de Piedad de Cuenca, en el cual se realiza el

control del plan anual de actividades de Auditoría Interna del IESS, del año 2004, preparado según las políticas emitidas por la Contraloría General del Estado y aprobado por la misma entidad, según la orden de trabajo XXX de Noviembre de 2004; sin embargo ellos revelan previo de interponer esta denuncia penal que los informes de Auditorías internas aún emitidos por el Auditor Interno Jefe no pueden ser considerados definitivos ni distribuirse mientras no se cuente con la aprobación del Funcionario competente de la Contraloría General del Estado y la autorización de éste para su distribución; y que así mismo estos informes están sujetos a la estructura de forma y de fondo dispuesta con el Reglamento sobre la presentación de los informes de Auditoría Interna aplicable a la Auditoría Interna del IESS.

Por otra parte Ricardo R., responsable del área financiera, de la Unidad de auditora interna del IESS, la cual fue ratificada por el actual auditor interno Dr. Germán L., y que para revisar los procesos de remates efectuados en el año 2004, solicitamos los documentos de sustento a la señora Luisa O., auxiliar de contabilidad en funciones, como son, los listados de prenda en condiciones de remate, el re-avalúo de prendas para fijar la base del remate, la cual no puede ser inferior al avalúo fijado para la concesión del préstamo prendario; cuadros de remates; las copias de las papeletas de préstamos que consta engrapadas con las fundas de alhajas, en bóveda en las que se anotan el valor de remate de la prenda y el nombre del rematista, más conocida como papeleta sucia, títulos de remate, cuadro de caja y depósito; documentos que la auxiliar de contabilidad nos informó no disponer de los listados de prendas en condición de remate, re-avalúo de prendas, cuadro de remates y papeleta sucia, siendo importante de anotar que las papeletas sucias no eran instrumentos contables y que la entrega del cuadro de remate era responsabilidad de quien presidía la mesa de remates. El equipo de auditores verificó el valor promedio de remate de las prendas, obteniendo como resultado que la base de remate estaba muy por debajo del valor de avalúo fijado para la concesión del préstamo prendario y, que la numeración faltante de los títulos de remates archivados en contabilidad del monte, no tenían firma, dirección domiciliaria exacta y teléfono del rematista, requisitos obligatorios en todo tipo de remate, por lo que les solicita al equipo de auditores a solicitar a los rematistas nos proporcionen los títulos de remate que les fueron entregados por el Monte de Piedad, a fin de poder establecer la veracidad de los títulos de remate que reposan en contabilidad del Monte de Piedad. En esta parte cabe destacar la presencia de un equipo de auditores de la

Superintendencia de Bancos y Seguros conformado por el Econ. Felix C., Econ. Karen Z. e Ing. Marcela A. De las coordinaciones mantenidas con los auditores de la Superintendencia de Bancos y Seguros conocemos que han obtenido de varios rematistas, títulos de remates de prendas de préstamos vencidos con numeración faltante en la secuencia numérica emitida y que difiere con la de los documentos originales que por esos préstamos se encuentran en archivo del Monte de Piedad.

Por último Leonardo L., se pronuncia en el sentido de que se ha realizado un examen especial que corresponde a una acción de control planificada por la auditoría interna del IESS; los objetivos del examen fueron los de evaluar los servicios del Monte de Piedad de Cuenca; verificar si las operaciones administrativas, financieras fueron desarrolladas en forma eficiente, efectiva y económica; y determinar el cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables en el periodo examinado, aquella acta fue suscrita por los señores , Eco. Jorge F., Economista Especialista Coordinador, Luz P., Valoradora, Abg. Marco P., Recibidor Pagador, Luisa O., Auxiliar de Contabilidad; y, Germán G., Guardalmacén, en el cual se pronuncia que fueron inobservadas disposiciones legales, administrativas, reglamentarias vigentes, referidas en la base legal del informe, habiéndose determinado situaciones que permiten presumir la disposición arbitraria de una parte de los valores recaudados en esa subasta, con perjuicio económico a la entidad que debe resarcir esos valores a los propietarios de las prendas subastadas, hechos que se encuadrarían en lo previsto en el art. 257 del Código Penal. Esto se demuestra con las copias de los títulos de remate de prendas en garantías de préstamos vencidos, documento que contienen rúbricas y sellos de los servidores que recaudaron valores y entregaron las prendas en dicho evento, con numeración que difiere con la de los documentos originales que por esos préstamos se encuentran en archivos y que falta en la secuencia numérica emitida, con valores superiores a los que constan registrados y depositados en la cuenta corriente bancaria respectiva del Monte de Piedad de Cuenca, evidenciando la alteración de documentos públicos; de acuerdo a la información proporcionada por los señores Ab. Carlos S., Subdirector de Servicios del Asegurado de la Dirección Provincial del IESS del Azuay, Eco. Jorge F., Economista Especialista Coordinador, Luz P., Valoradora, la base para el remate de cada prenda fue el avalúo en el art. 48 del Reglamento General del Monte de Piedad, habiendo sido aceptada ofertas por valores iguales o inferiores a esa base y que suman \$8578,57, y promedios desde \$1.334 el gramo de oro,

presumiendo que hubieron anulaciones injustificadas entre los 122 títulos de remate que faltan en la secuencia numérica emitida, habiéndose procesado posterior a su recaudación nuevos documentos con valores inferiores cuyos originales sin firma se encuentran en archivos. La señora Luisa O. auxiliar de Contabilidad proceso y emitió los títulos de remate correspondientes, existiendo duplicidad de documentos con un mismo número a pesar de que la numeración de estos documentos se genera en el sistema informático, habiéndose emitido dos títulos de remate con valores diferentes por una misma prenda subastada, estando registrado contablemente y en archivos informáticos y depositados en la cuenta bancaria respectiva el del menor valor, con desaparición de documentos que forman parte del soporte de la subasta.

- **Dictamen del sumario administrativo iniciado por el Instituto Ecuatoriano De Seguridad Social:**

La Dirección General en uso de sus facultades y atribuciones que le confiere la ley de Seguridad social, y de acuerdo a la codificación a la Ley orgánica del Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, acoge el dictamen emitido por el Dr. F. de Córdova, responsable del Grupo de Trabajo de Recursos Humanos del IESS, en la Dirección Provincial del Azuay, dispone:

La destitución, al cargo del economista Jorge F., ex responsable del Monte de Piedad de Cuenca, con funciones administrativas en la Subdirección de Salud Individual y Familiar del Azuay, por estar incurso en los literales a), b), e) del artículo 24, literales b), i) del artículo 26 de la Ley orgánica del Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, esto es por cuanto desempeñaba las funciones de Responsable del Monte de Piedad de Cuenca; y como tal nato de la Junta de Remates del Monte de Piedad, permitió que se rematen joyas por valores inferiores a lo establecido en el artículo 48 del Reglamento General de los Montes de Piedad que dice: “La base para el remate será el avalúo fijado por el tasador al momento de efectuar el préstamo. No se aceptarán posturas que no cubran dicha base”. Causando perjuicio económico a la institución y rematistas conforme se

desprende del título de remate N° 16058 de la subasta pública de 10 de noviembre de 2004; prendas consistentes en cuatro pares de aretes, con perla y piedra, seis anillos con piedra, una pulsera y un colgante, con un avalúo de USD 333.33 y rematado en USD 150.00; así como permitió que se emitan por duplicado títulos de remate por una misma prenda, tal es el caso en el que se entregó al rematista el valor de remate por USD 380.00, existiendo en los archivos contables el boletín N° XXXX con el valor de remate USD 320.00, existiendo en este caso un perjuicio al ex dueño de la prenda en USD 60.00.

- **Resolución del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo:**

Jorge F. deduce acción de amparo constitucional señalando que luego de haberse instaurado un sumario administrativo que adolece de varias violaciones constitucionales, le destituyeron del cargo de Economista Especialista Q75 del Centro de Atención Ambulatoria. Al respecto esta sanción disciplinaria al parecer carece de motivación y se aplica indebidamente la sanción de destitución, no se señala cual de causas se le aplica, sino de manera general se refieren al art. 49 de la LOSCA, sin otras consideraciones el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, acepta el recurso y suspende los efectos del acto impugnado y dispone el reintegro del recurrente y el pago de los valores dejados de percibir.

- **Criterio:**

Si bien la resolución es favorable para el ex funcionario del Monte de piedad, economista Jorge F. el cual tenía a su cargo funciones administrativas en la Subdirección de Salud Individual y Familiar del Azuay, por estar incurso en los literales a), b), e) del artículo 24, literales b), i) del artículo 26 de la Ley orgánica del Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, esto es por cuanto desempeñaba las funciones de Responsable del Monte de Piedad de Cuenca; y miembro importante de la Junta de Remates del Monte de Piedad, permitió que se rematen joyas por valores inferiores a lo establecido en el artículo 48 del Reglamento General de los Montes de Piedad, que dice: "La base para el remate será el avalúo fijado por el tasador al momento de efectuar el préstamo. No se

aceptarán posturas que no cubran dicha base”. “causando perjuicio económico a la institución y rematistas; así como permitió que se emitan por duplicado títulos de remate por una misma prenda”; sin embargo el señor tuvo que ser juzgado por una causal diferente como es la señalada en el art. 257 del código penal que señala que “ 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 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, 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”.

- **Análisis Realizado Por La Superintendencia De Bancos:**

La Dirección Nacional de Seguridad Social de la Superintendencia de Bancos y Seguros delegó una comisión auditora para conocer los procesos instaurados por el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social para la concesión y administración de préstamos prendarios en la agencia de Montes de Piedad del Azuay, quienes se expresan en los siguientes términos:

La auditoría que se realizó sobre la base de información proporcionada por el IESS del 1 de enero hasta el 31 de diciembre de 2004, y que a falta de documentación, archivos históricos, manuales de procedimiento definidos y diagrama de procesos de cada actividad limitaron la obtención de claras evidencias en algunos casos.

Estructura orgánica de los funcionarios de Monte de piedad de Cuenca:

Carlos S.	. Subdirector de Servicios del Asegurado
Eco. Jorge F.	Coordinador Jefe de Agencia
Sra. Luisa O.	Auxiliar de Contabilidad- Contadora
Sra. Luz P.	Valoradora
Sr. Germán G.	Guardalmacén y encargado del sistema operativo

Lcdo. Marco P.

Recibidor Pagador

En cuanto a los registros contables se realiza una comparación de los registros contables con los registros informáticos, se detectó una operación de US\$180.00 anulada en el listado de ingresos y egresos.

Existen cancelaciones de préstamos y abonos con un mismo número de comprobante, los mismos que se repiten en un mismo día y en otros días. No existe impresos muchos de los comprobantes anulados.

El 10 de noviembre de 2004, se realizó una subasta por el valor de USD\$46.135 de 291 préstamos vencidos.

De la verificación de los títulos de remate archivados por la institución de los meses de marzo a noviembre de 2004, se encontró que los títulos no registraban en algunos casos direcciones completas, nombres completos, números de teléfonos y en muchas ocasiones registraban direcciones erradas, falta constante de la firma del rematista y sólo constaba la firma del coordinador de la agencia y del recibidor pagador.

Es de mencionar que los títulos remates, son documentos que se entregan a los compradores de las prendas, para garantizar la propiedad de las mismas de acuerdo con el Reglamento general de la caja de pensiones en el art. 50 del capítulo VI.

Se realizaron entrevistas a algunos rematistas de los que se pudo obtener sus datos, ya que la mayoría no tenían datos completos registrados, a estas personas se les solicitó los correspondientes títulos de remate que habían sido entregados en las subasta pública, los que obteniéndose de ciertas personas estos constaban con el sello y firma de los funcionarios del Monte de Piedad y del rematista. Los datos de estos certificados diferían respecto al documento que constaba en archivo del monte de Piedad de Cuenca, en el que no estaba la firma del rematista, y tenían el valor subastado (valor ingresado) y el número del boletín diferentes.

Es de mencionar que los boletines entregados por el rematista a esta comisión de auditoría coinciden con los números de secuencia lógica que la comisión detectó hacían falta.

- **Subasta pública del 11 de noviembre de 2004:**

La superintendencia de Bancos y Seguros solicitó al Jefe de la Agencia del Monte de Piedad de Cuenca, un listado de selección de prendas vencidas para el remate; sin embargo el listado no fue proporcionado debido a que según el funcionario se habían extraviado.

Es por ello que se han inobservado por parte de los funcionarios de la agencia lo establecido en el numeral 210-04 de las Normas de Control Interno para el Sector Público de la República del Ecuador, que dice “Toda entidad pública dispondrá de evidencia documental suficiente, pertinente y legal de sus operación. La documentación sustentadora de transacciones financieras, operaciones administrativas o decisiones institucionales, estará disponible, para acciones de verificación o auditoría, así como para información de otros usuarios autorizados, en ejercicio de sus derechos.

Todas las operaciones financieras estarán respaldadas con la documentación de soporte suficiente y pertinente, esto permitirá la identificación de la transacción ejecutada y facilitará su verificación, comprobación y análisis..

De la verificación a los registros por recaudación y depósitos de valores de la agencia en noviembre 10 de 2004, por USD\$ 56,215.01, realizada en el Banco del Austro a nombre del IESS-DIRECCIÓN GENERAL DEL MONTE DE PIEDAD, se determinó que los valores depositados se dieron en tres partes y en dos fechas diferentes mediante los siguientes comprobantes:

- Comprobante de depósito por USD\$ 8,869.61
- Comprobante de depósito por USD\$ 46,135
- Comprobante de depósito por USD\$ 1.210.40

En breves rasgos y para ofrecer un mejor panorama de la infracción las irregularidades determinadas en las auditorias se resumen así: Desaparición de 122 títulos de remate tanto originales como copias; los 21 títulos de préstamos vencidos, que constan en el archivo del IESS- Cuenca se remataron en 46.135 dólares, habiendo sido evaluadas las

prendas en 51.221,51 dólares, existiendo un primer perjuicio de 5.086.51 dólares; y 155 prendas rematadas con valores inferiores al avalúo fijado por el tasador al momento de la concesión del préstamo, que da como resultado una segunda diferencia que es de 8.578,57 dólares, a pesar de que no se podía rematar en valores menores a la base, títulos de remate que no existen y que no fueron procesados en contabilidad, al respecto la Superintendencia de Bancos encontró algunos de estos títulos de remate debidamente legalizados en manos de algunos rematistas, lo que quiere decir que los mismos no fueron ingresados a la contabilidad, y que se corrobora con que existieron los mismos pero que fue por manipulación de las personas encargadas de la subasta del 11 de noviembre del 2004, los que hicieron desaparecer las mismas, ya que no existen en los archivos del IESS, las llamadas “papeletas sucias” donde se hace constar el avalúo de las joyas y el precio en que fueron vendidas, de esa manera incumpliendo con la obligación de preservar las evidencias documentales para el momento de elaborar el acta del remate. Lo que determina que se realizó un perjuicio al IESS, al haber perjudicado a esta Institución, por lo tanto se ha demostrado, la existencia material de la infracción, sobre la responsabilidad de cada uno de los acusados.

El proceso señalado al demorar el depósito en más de 48 horas, inobservada la norma 230-02 de Control Interno para el Sector Público de la República del Ecuador, referente a Recaudación y depósitos de ingresos, que establece: “Las recaudaciones directas serán depositadas en las cuentas bancarias establecidas por la entidad, en el curso del día de recaudación o máximo el día hábil siguiente, pudiendo consignarse en varios depósitos parciales cuando sean por montos que impliquen un gran riesgo conservarlos en la entidad pública.”

A los rematistas que se les pudo identificar, se les solicitó los correspondientes títulos de remate, quien entregó a esta Comisión, correspondientes al remate del 10 de noviembre del 2004 y que coinciden con los que hacen falta en la secuencia lógica de boletines emitidos del cruce de datos se evidencia suplantación de información en los casos de los boletines, la misma que registran diferencias de US\$ 30 y US\$ 20 entre los títulos de remates que se encuentran archivados en la agencia y lo entregado por la señora.

De acuerdo al título de remate del 10 de noviembre del 2004, proporcionado por otro señor rematista por el valor de US\$ 380; y en su reemplazo en archivo del área contable se encontró con el boletín N° XXX con el valor de remate de USD\$320, y demás detalles iguales al boletín entregado por el rematista; lo cual representa una diferencia no ingresada de US\$ 60 dólares, que perjudica al ex dueño de la prenda ya que el excedente del remate según el art. 53 del Reglamento General de los Montes de Piedad de la caja de pensiones establece que, si el producto del remate fuere mayor por lo adeudado al monte se le devolverá al excedente.

Del análisis del remate del 10 de noviembre de 2004, se desprende que el valor mínimo del gramo alcanzado fue de US\$ 1.34, mientras que el valor máximo fue de US\$ 16,67, el valor del promedio general fue de US\$ 6.17. En cuanto a las prendas que se remataron con valores inferiores al avalúo fijado por el tasador al momento de conceder el préstamo fueron 155 préstamos vencidos, que representan en valor de US\$ 8.578,57.

- **Denuncias:**

El Ab. Carlos S., ex subdirector de servicios al Asegurado, entregó a la comisión de auditoría, copias de denuncias que le habían entregado varios clientes en la que se detallan:

Denuncia presentada por el señor Luisa O., que manifiesta no estar de acuerdo con el valor de US\$ 20 que injusta y absurdamente se le quiere entregar. Respecto a la verificación por parte de esta comisión de auditoría se obtuvo como resultado, que las prendas habían sido rematadas el 10 de noviembre del 2004 y que el valor rematado era de USD\$ 480 dólares, con 101 gramos en total, como consta en documentos archivados por la entidad, si consideramos que el avalúo original fue de USD\$ 666.66 y el valor del remate fue de \$480.00 la diferencia fue \$186,67. El valor del gramo al que fue rematada la prenda fue de \$6.60.

Si el valor del gramo recibido para conceder préstamo es inferior al del mercado, en lo mínimo que debió rematarse la prenda, debió ser lo estipulado en el art. 48 del Reglamento General del Monte de Piedad.

~ Análisis estadístico de valor de gramo rematado periodo 2004:

Como resultado del análisis de los remates de los meses de marzo a noviembre del 2004, donde se identificaron que en los boletines no existían en mayoría firmas de los rematistas, direcciones exactas, números de teléfonos ni copias de cédulas de los rematistas, se solicitó que para el remate.

- **Resolución del Tribunal Segundo de Garantías Penales del Azuay.  
(ANEXO 7)**

Los miembros del Tribunal Segundo de Garantías Penales del Azuay, en resolución dictada el día 05 de marzo de 2010, declarándoles autores y responsables del delito de peculado a Luisa O. y Germán O. sentenciándoles a cumplir la pena de cuatro años de reclusión menor ordinaria y confirman la inocencia de Carlos S. Jorge F, Marco P., Luz P. El fundamento de su absolución, en esencia se ubica en el considerando quinto, en el que textualmente dicen: "...quienes tuvieron , de acuerdo a los informes periciales de la Intendencia de Bancos, una participación indirecta en el remate del 10 de noviembre del 2004, en consecuencia existe duda sobre su conducta ilícita, en el hecho que se juzga, por lo tanto el Tribunal no tiene la certeza necesaria para declarar si culpabilidad, ni se puede precisar que entre los procesados existieron vínculos solidarios mancomunados en el propósito de delinquir y causar perjuicio al IESS, pues quieren tuvieron participación directa como se lo ha dicho anteriormente son los coacusados Luisa O. y Germán O., ya que abusaron dolosamente de los dineros que estaban bajo su cuidado, mediante la manipulación de los documentos que provocaron confusión, extravío y caos en los documentos del remate, queriendo asegurar la impunidad del delito".

Sin embargo, por no estar de acuerdo con la sentencia absolutoria a favor de los cuatro ciudadanos absueltos, de conformidad con el artículo 343 numeral 2do del Código de Procedimiento Penal, Fiscalía, apeló la sentencia para ante una de las Salas Especializadas de los Penal de la H. Corte Superior de Justicia de Cuenca, para que en derecho revoquen la decisión del Tribunal y dicten sentencia condenatoria en contra de los ciudadanos Carlos S. Jorge F. Marco P., Luz P. tratando de demostrar la existencia

de la infracción conforme a derecho y la responsabilidad de los procesados para llegar a establecer la culpabilidad por medio de una sentencia condenatoria, así mismo los sentenciados Señores Luisa O. Y Germán O., recurrieron del fallo.

De acuerdo con mi análisis jurídico realizado considero que la fiscalía reúne los elementos de prueba suficientes como para señalar que los señores absueltos han cometido el delito de peculado ya que éstos confluyen en el nexo causal que es la relación entre el delito y la culpabilidad.

A cerca de la materialidad de la infracción, la prueba documento al y testimonial de los auditores del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, la Superintendencia de Bancos y una de las personas denunciantes llamada Mariana B. dan cuenta a los juzgadores de la existencia del delito de peculado, materialidad de la infracción que fue reconocida por el Tribunal.

El día 10 de noviembre de 2004 se constituyeron los empleados públicos Carlos S., Jorge F. Marco P., Luz P., Luisa O. y, Germán O., para llevar a cabo el proceso de subasta pública de las joyas en estado de remate del Monte de Piedad del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

Revisado el remate, las auditorías establecen irregularidades en el proceso, no existen documentos imprescindibles, algunos contables y otros necesarios para el cuadro final. Faltan 122 títulos de remate, papeletas sucias, hojas de control. Documentos que fueron manejados por todos los procesados en virtud del cargo que desempeñaban y la función que cumplían en aquel proceso de remate. Así la norma de Control Interno para el sector público de la República del Ecuador N° 210-04 refiere que todas las entidades del sector público, deben mantener evidencia documental suficiente que sustente sus transacciones financieras, operaciones administrativas o decisiones institucionales para posteriores verificaciones.

El acta de remates que consolida la información de lo sucedido en la subasta, fue elaborada con posterioridad, nunca fue informada ni verbal ni por escrito de novedad alguna al Director Nacional de Montes de Piedad Ec. Hernán R.

El día de la subasta se utilizaron 412 números, generados a través del sistema informático de forma secuencial, inicia en 15779 y termina en 16190, sin que existan originales y copias de 122 títulos de remates, que no se ha podido determinar a qué valores corresponden, tampoco hay constancia alguna que fueron anulados.

Los originales de 291 préstamos vencidos que fueron obtenidos de los archivos del IESS- Cuenca y presentados como prueba, fueron rematados en USD\$ 46.135 habiendo sido evaluadas las prendas en USD\$ 51.221,51 dólares (diferencia USD\$ - 5.086.51). De los 291 préstamos se desprende que 155 prendas rematadas constan con valores inferiores al avalúo fijado por el tasador al momento de concesión del préstamo dando lugar a una segunda diferencia de USD\$ -8.578,57. Como es lógico el artículo 48 del Reglamento General del Monte de Piedad establece que “no se debe aceptar posturas que no cubran la base, la misma que se establece por el valor fijado el momento del préstamo,” sin embargo los lotes de joyas fueron rematadas en menor valor del avalúo, diferencias que ocasionan perjuicio económico al Monte de Piedad.

De los 122 títulos que no existen en archivos, la Fiscalía con la prueba testimonial y documental –rematistas y títulos de remate recuperados- demostró que no fueron procesados contablemente y que se canjearon (cambiaron) por títulos con menor valor al rematado, evidenciándose otra de las formas de operar, concurriendo la falsedad de documentos y uso doloso como delitos medios para el peculado.

En el caso de la rematista Ciria P., quien entregó a los auditores los títulos de remate N° 15872 por el valor de 100, 15878 por el valor de 120, 15880 por el valor de USD 250, 15895 por el valor de 140 dando un total de USD 610 que no fueron ingresados contablemente.

A la rematista Ana V. le entregaron el títulos de remate N° 15796 por USD 140 (boletín faltante de la secuencia numérica), pero en los archivos del Monte de Piedad del IESS fue reemplazado por el N°15917 por USD 105, lo que significa una diferencia no ingresada de USD 35.

De igual forma el título de remate N° 15784 por el valor de USD 380 (boletín faltante de la secuencia) facilitado por Patricio V. a los auditores de la Súper de Bancos, fue

reemplazado en los archivos del IESS por el boletín N° 15910 por el valor de USD 320, lo que representa una diferencia no ingresada de USD 60.

Silvia R. empleada del IESS confirma de otro de los modos de operar, se remataban joyas que habían sido canceladas oportunamente.

Los acusados personalmente al rendir sus testimonios y a través de su defensa, nunca dieron una explicación lógica y coherente de lo que efectivamente ocurrió el día de la subasta, empero, todos participaron del proceso de remate, no pudieron desvirtuar la acusación fiscal, es más, curiosamente uno de los acusados el ciudadano Carlos S. reconoció la existencia material de la infracción.

En lo que respecta a la responsabilidad, en materia penal, la ley diferencia como responsables de las infracciones a los autores, los cómplices y encubridores Art. 41 Código de Procedimiento Penal. En su generalidad la doctrina al hablar del autor, se refiere al sujeto a quien se le puede imputar el hecho como suyo, aquel que lo realiza y del que puede decirse que “ese hecho le pertenece”.

En el presente caso, la fiscalía ha justificado la coautoría en el hecho delictivo, varias personas de forma mancomunada, con una finalidad única con un plan común (atracó al Monte de Piedad) realizaron de manera directa aportes relevantes en la ejecución del hecho, y de esa manera se llega a identificar a los coautores por medio de sus actos u omisiones contribuyeron al injusto penal. La Constitución de República en su artículo 233 establece que los funcionarios públicos responderán penalmente por sus acciones y omisiones.

En conclusión, analizadas las pruebas presentadas ante el Tribunal no se entiende porque se liberó de responsabilidad a los cuatro procesados, a pesar de que se demostró el nexo causal entre la infracción y sus responsables pues la existencia de la infracción se encuentra probada conforme a derecho, se probaron hechos varios, concordantes, que nos llevan a establecer de forma lógica y natural el delito, delito reconocido por el Tribunal; sin embargo al absolver no fueron examinados ni valorados armónica y circunstanciadamente por los juzgadores.

La coautoría como lo ha probado la Fiscalía exige. Un plan común, es decir existió un acuerdo previo entre ellos, una división de funciones, durante algunos años realizaron subasta, sabían y conocían el modo de operar para la subasta, recibieron capacitación en las funciones que desempeñaban, sabían cómo evadir los controles, actuaron en pandilla. Frecuentemente se cambiaban de funciones, el uno sabía lo que tenía que hacer el otro. Aporte esencial a la fase de ejecución, todos coadyuvaron para cometer el hecho principal, la función de cada uno de ellos era determinante para la realización del delito, no pudo haberlo hecho una sola persona, actuaron con vínculos solidarios, mancomunados y fraudulentos que ocasionaron el perjuicio al IESS y sus afiliados.

En el fallo, al absolver, no existe una exposición concisa de los fundamentos de hecho y derecho, se limitan los Jueces del Tribunal a esbozar como justificativo una participación secundaria, carece de motivación como lo exige la ley.

Uno de los errores del Tribunal esta en considerar que según los informes Periciales de la Intendencia de Bancos, la participación de los 4 coacusados en la subasta fue indirecta, incluso a decir uno de los auditores, ellos examinaron y verificaron el proceso, por lo tanto basan su fallo en algo que no existe como prueba. Empero quien establece la culpabilidad y la participación en el hecho delictivo es el Tribunal mediante la valoración de la prueba aportada por las partes.

No existe dudas ni menos aún “duda razonable”, lo que existe es la certeza de que 6 funcionarios públicos, planificando previamente dividiéndose las funciones, con conocimiento y voluntad cometieron de forma directa el delito de peculado. Es necesario insistir que de no haber actuado uno de ellos el delito no hubiese producido el resultado o la lesión efectiva al bien jurídico de lealtad a la administración pública y perjuicio económico. Eran funcionarios con varios años de experiencia, conocían a plenitud sus funciones, sabían de antemano las fechas en que anualmente se realizaban los remates, participaron directamente del proceso de remate, sus conductas al forjar actas, títulos, al cuadrar sin ningún respaldo, rematar prendas en menor valor, pese a la prohibición legal, todo esto para disponerse de recursos públicos, falta que ya fue reconocida en el ámbito administrativo, dándose la reubicación de estos funcionarios,

penalmente esta conducta se encuentra tipificada como peculado en el artículo 257 del Código Penal inciso primero y tercero, delito por el viene acusando la fiscalía, en calidad de autores pues fue probado la intervención de los seis procesados en el remate, y la preponderancia de sus funciones para el cometimiento del ilícito.

~ Apelación a los miembros del Tribunal Segundo de Garantías Penales del Azuay.

A los supuestos coautores del delito de peculado, que el Tribunal de Garantías Penales del Azuay, dispusieron una sentencia condenatoria a Luisa O. y Germán O, los mismos que impusieron un recurso de apelación con el siguiente fundamento:

~ Requisitos para una sentencia condenatoria:

Para que el juzgador pueda emitir sentencia condenatoria requiere tener certeza respecto a la materialidad de la infracción cuanto de la responsabilidad del procesado, y entre estas dos circunstancias debe mediar el nexo causal correspondiente, debiendo inclusive el Tribunal determinar las formas como se ha llegado a demostrar la infracción y por otro lado la participación del justiciable.

No cometeré un error al sostener que, la resolución que se recurre no es concordante con la realidad procesal e histórica, pues no se justificó ni la materialidad de la infracción, ni la responsabilidad de la compareciente, así como se me imputan conductas que no las pude haber realizado, confórmelo precisaré con detenimiento en lo posterior.

Es entonces que no se ha justificado la materialidad de la infracción, ya que conforme lo determinado en el art. 91 del Código de Procedimiento Penal, la prueba material consiste en aquellos resultados de la infracción, doctrinariamente se le ha conceptualizado como “ la actuación procesal mediante la cual, el Juez Penal percibe y aprecia directamente con sus sentidos el objeto, resultados y vestigios de la infracción”,

de tal forma, que, mediante esta prueba lo que se intenta es que, el Juzgador pueda apreciar materialidades útiles para la reconstrucción del hecho y de esta manera especificar si se han cumplido o no requisitos necesarios del tipo penal que se juzga.

### **ANÁLISIS Y CONCLUSIÓN FINAL:**

Después del respectivo análisis al examen especial a las operaciones administrativas y financieras del Monte de Piedad de Cuenca, y de acuerdo a la investigación que se realiza por parte de la Fiscalía Distrital del Azuay, por medio del cual se emite el informe realizado por el Organismo de Control del Monte de Piedad de Cuenca, como lo es la Superintendencia de Bancos y Seguros, y de acuerdo a las diferentes denuncias de las personas afectadas que concuerdan en varios criterios, de que en la subasta pública de 10 de noviembre de 2004, se han incumplido ciertas disposiciones reglamentarias de acuerdo con el Manual de Control Previo y concurrente de la Dirección Económico Financiera del IESS; las mismas a las que me referiré a continuación:

Los Montes de Piedad son establecimientos de carácter económico que prestan cantidades de dinero, con la garantía especialmente de joyas de oro y piedras preciosas, cobrando un interés, en el tiempo de duración de crédito.

Es necesario que el servicio prestado por el sistema sea de calidad y que las operaciones y recursos sean manejados en forma eficiente y eficaz; sin embargo no se cumple con esta finalidad puesto que:

Los funcionarios del Monte de Piedad que estuvieron a cargo de realizar el avalúo y subasta de las prendas, entregadas ya sea voluntariamente o por cumplimiento del plazo establecido para cubrir el monto de lo prestado por la Institución, debieron haber realizado las papeletas correspondientes en las que contengan los datos completos de las personas que entregan sus joyas y demás artículos como prenda, la descripción de la prenda, fecha, domicilio de las mismas; sin embargo esto no se cumple puesto que existen papeletas sin los nombres completos ni datos suficientes, requisitos esenciales al momento de conceder el préstamo, y que según el Reglamento del Monte de Piedad este señala que:

“En caso de que el cliente a cuyo nombre consta la papeleta del préstamo haya desaparecido o se desconozca su domicilio y existan personas con derecho, se procederá a entregar la misma con la elaboración de una acta y la firma de dos testigos, que serán corresponsables pecuniariamente por un monto equivalente al 90% sobre el avalúo, en caso de que el cliente reclame sus derechos”.

Y también señala que:

“En caso de pérdida del comprobante original, el cliente deberá comunicar sobre el particular a la Institución; obteniendo de una Notaria el documento denominado Reconocimiento de Firmas para poder obtener una papeleta supletoria y cancelar el préstamo”.

De acuerdo con la información proporcionada por los señores, Eco. Jorge F., Economista Especialista Coordinador, Luz P., Valoradora, Abg. Marco P., Recibidor Pagador, Luisa. O., Auxiliar de Contabilidad; y, Germán G., Guardalmacén,, la base para el remate de cada prenda fue el avalúo establecido al momento de conceder el préstamo correspondiente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 del Reglamento General de los Montes de Piedad, habiendo sido aceptadas ofertas por valores iguales o inferiores en un 10%, en dos o tres casos; sin embargo, en archivos se encuentran los originales de 155 títulos de remate de prendas en garantía de préstamos vencido, con valores inferiores a esa base que suman US\$8.578,57 y promedios desde US\$ 1,34 el gramo de oro; por lo que se presume, que hubieron anulaciones injustificadas entre los 122 títulos de remate que faltan en la secuencia numérica emitida, habiéndose procesado posterior a su recaudación, nuevos documentos con valores inferiores, cuyos originales sin firma de los rematistas se encuentra en archivos.

Las prendas que ingresan al proceso de remate deben corresponder en calidad y especificaciones a las determinadas por el valorador en el préstamo inicial.

El remate debe ser Presidido por la Junta de Remates, la que está conformada por: El Delegado de la Administración, el Responsable de cada Agencia, el Contador, y el Valorador encargado del reavalúo de las prendas, es importante señalar a los funcionarios que forman parte en el proceso de remate puesto que su función esencial

es el de garantizar la legalidad y veracidad del proceso, lo que no ocurre en la subasta realizada el 10 de noviembre de 2004.

La base para el remate será el avalúo fijado por el Valorador al momento de efectuar el préstamo inicial, por lo tanto no se aceptarán posturas que no cubran dicha base; si bien esto se cumple de acuerdo con lo dispuesto por el valorador es importante recalcar que el avalúo fijado por el valorador es menor que la base para el remate.

A algunos de los compradores de las prendas en la mencionada subasta no se les entrega los títulos de remate correspondientes a las prendas que fueron adquiridas el 10 de noviembre de 2004, y de acuerdo con lo revisado por la Superintendencia de Banco, existen títulos que se han emitido por duplicado y se han entregado documentación deferente a la indicada por el sistema del Monte de piedad, además se señala que estos títulos han sido realizados de manera manual ya que normalmente el sistema es el encargado de emitir las mismas de manera automática, y de acuerdo con el reglamento éste establece que:

“A los compradores de estas prendas se les entregará un documento denominado Título de Remate que garantizará la propiedad de la misma”.

Además el acta que se realizó no fue elaborada en el mismo día; sino hasta dos días después de realizada la subasta:

“Luego de cada remate se realizará un acta con el detalle tanto de prendas rematadas, prendas no rematadas, éste será firmada por el Responsable de la Agencia, el Contador y el Valorador”.

Los presentes elementos constituyen como precedente puesto que considero que se ha configurado el delito de PECULADO, descrito en el artículo 257 del código penal, por parte de los funcionarios del Monte de Piedad, de acuerdo a lo siguiente:

- 1 En todos los casos el Monte de Piedad, cobrará un valor del 5% sobre el valor producto del remate por concepto de comisión.
- 2 Los valores recibidos por remate serán depositados en forma intacta e independientemente del resto de operaciones del Monte de Piedad.

3 También podrá rematarse a solicitud escrita del cliente, prendas que no consten como garantía prendaria, en cuyo caso se cobrará el 10% de comisión sobre el valor del remate.

Lo que quiere decir que los funcionarios han afectado a los particulares en una suma de dinero significativo, y a su vez han afectado al Monte de Piedad, puesto que al realizar el avalúo por debajo de la base, el 5% de la comisión recibida por parte de esta Institución es diferente y en menor valor ya que no fue tomada del valor único y verdadero, lo que quiere decir que los implicados en este delito fueron todos los que participaron del mismo para el remate ya que todas las pruebas recaen sobre aquéllos funcionarios probando de esa manera que existieron todos los medios necesarios que los vinculan y que los implican en el delito y que según los precedentes indicados anteriormente éstos actúan de manera premeditada tomando todas las medidas necesarias y medios requeridos para que exista el aprovechamiento de dineros públicos de acuerdo al artículo 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 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, 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.

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.

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.

Con la misma pena serán sancionados los servidores del Servicio de Rentas Internas y los servidores de aduanas, que hubieren intervenido en Actos de Determinación.

Los 291 títulos de remate que fueron evaluados en USD\$51.250 y que fueron rematados por USD\$ 46.135,00 a pesar de que por pretensiones expresas se dice que no se puede realizar el avalúo por un valor inferior de acuerdo al art. 48 al Reglamento de Montes de Piedad, desaparición de 122 títulos de remate, no existen los archivos del IESS las llamadas papeletas sucias, donde consta el avalúo de las joyas incumpliendo de esta manera una obligación jurídica de cumplir con estas obligaciones, como conclusión los técnicos manifestaron que se dio un abuso por parte de los funcionarios del IESS, de acuerdo con el informe de indicios de responsabilidad penal del IESS, informe que fue remitido a la fiscalía para que se den las investigaciones pertinentes.

Se utilizaron 412 números del registro informático, que debían evidenciarse como títulos de remates, pero ahí es cuando se inicio un ilícito una vez que estos números utilizados en el sistema informático se utilizaron la migración de los mismos, y que debían evidenciarse mediante títulos de remate, solo existen 291 títulos, desapareciendo 122 títulos de remate. De los 192 títulos existentes se recaudó USD\$ 46,135.00; se puede evidenciar de la documentación que al momento de la concesión de préstamos se avaluaron en USD\$51,221.051 lo que implica una diferencia de USD\$ 5.086,051; en 155 prendas rematadas constan valores inferiores al avalúo fijado por el tasador al momento de la concesión del préstamo lo que da una segunda diferencia de

USD\$8,938.083 el art. 48 del Reglamento General del los Montes de Piedad el cual presenta que no puede aceptarse posturas que no cubran la base, asimismo este ilícito que pretendió ocultarse se logró obtener varios títulos originales los mismo que comprueban que existió duplicidad de títulos, se alteraron y se falsearon documentos públicos, no existen secuencia en los títulos de remate, desaparecieron como ya lo mencioné 122 títulos de remate, se permitió que se remate en valores inferiores a los tasados en la concesión de préstamos; sin embargo la junta de remates presidida por el Ab. Carlos S. no reportó novedad alguna, al contrario estaban obligados a suscribir un acta, pero recién a los dos días se elaboró un acta, la que no fue firmada por el Sr. Carlos S. porque faltaba documentación, y desaparecieron las papeletas sucias que son registros contables y que tienen sustento para un cuadro; y asimismo existieron auditorias que fueron coincidentes sobre estos hechos. Después de seis meses de ocurridos los hechos existe la insinuación de la auditoría que se estaba presentando por parte del IESS en la revisión de la cuentas contables, sin facultad alguna se permitió el cambio de funciones entre el recibidor pagador y el guardalmacén que el uno toma el papel del otro viceversa, remataron prendas que se cancelaron antes del remate, y en fin no se cumplió con una serie de requisitos necesarios para que se cumpla con cabalidad y de manera legítima de acuerdo a lo mencionado anteriormente.

Además se demuestra que se llegaron a un acuerdo entre rematistas y usuarios que entregaron prendas desaparecidas y que se entregaron en valores superiores con el propósito de callar lo que se encontraba realizando.

Datos de los rematistas incompletos, no existe suficiente documentación de respaldo, en el sistema informático se encontraba dañado, versiones de funcionarios que demostraron, no existe anulación, determinándose un verdadero abuso.

Aclaración final:

Personalmente, previo a la elaboración de las conclusiones del trabajo, debo manifestar que, realizar un análisis crítico al caso en estudio fue tarea sumamente compleja, pues

a más de ser un proceso extremadamente largo, y existir actuaciones de la defensa sumamente fuertes y con fundamentos dogmáticos interesantes, hubo discrepancia y discusión respecto la lectura del caso en concreto entre mi persona y quien dirige el presente trabajo, pues para mí el ilícito se perpetró conforme refiere Fiscalía, mientras que para mi director, los hechos no acaecieron de esa manera, situación que hizo a la elaboración del último capítulo, sumamente interesante, apasionante y a la vez rica en conceptos, tomando en cuenta que durante algún tiempo en mi carrera de pregrado me desempeñé como pasante en Fiscalía, mientras que mi director suele fungir como defensor, siendo siempre de gran ayuda en la discusión dogmática la perspectiva bifronte de dos partes procesales, aparentemente antagónicas pero que siempre buscarán un mismo objetivo: LA JUSTICIA. Creería que al momento de sustentar mi tesis la discusión del caso en concreto será muy enriquecedora.

## CAPÍTULO VI

### CONCLUSIONES

#### 1 CONCLUSIONES TEÓRICAS:

- **El delito en general:**

A manera de conclusión y parafraseando lo que Francisco Carrara dice: delito es la infracción de nuestro ordenamiento jurídico, el cual ha sido tipificado con el objetivo de proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de la acción del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y socialmente dañoso.

Ya que el ordenamiento jurídico quiere sancionar con pena conductas intolerables para la vida en comunidad; sin embargo por su carácter general no permite reconocer qué conducta en particular debe estar prohibida, ni el ciudadano puede saber qué debe hacer u omitir, ni el juez puede distinguir que es lo que debe castigar. Es por ello que el ordenamiento jurídico debe concretar sus disposiciones penales, es decir, tienen que circunscribir objetivamente la conducta que prohíbe como, es por ello que es importante establecer una definición, estructura, clasificación, pues sólo gracias a éstas especificaciones concretas de la materia de la prohibición se satisface la exigencia del principio nulla poena sine lege.

Es importante también establecer en este capítulo también el iter criminis o camino del delito el cual consiste en las diferentes fases que atraviesa una persona desde que en su mente se produce la idea de cometer un delito hasta que efectivamente lo lleva a cabo.

- **El delito de peculado:**

A manera de conclusión de este capítulo, y realizando respectivo análisis del delito de peculado propiamente dicho, se ha podido observar que desde el primitivo derecho

romano la sustracción de dinero público se consideró digna de castigo a causa de la cosa sustraída, y además predominó el criterio de la traición a la confianza y de la facilidad para delinquir.

Es importante establecer la definición exacta del delito de peculado, el cual es el tema central de mi trabajo de tesis, el mismo que consiste, como Cabanellas dice: “el peculado es la sustracción, apropiación o aplicación indebida de los fondos públicos, por aquél o a quién está confiada su custodia o administración.

En nuestro derecho penal en la actualidad no ha existido muchos cambios en el centro mismo de aquel criterio, puesto que se considera también un ilícito grave, puesto que al ser cometido por los funcionarios o empleados públicos este servicio tiene que ser para beneficio del correcto desenvolvimiento de la administración pública, y tiene que responder con buena fe, probidad y eficiencia.

- **Elementos constitutivos del delito de peculado:**

A manera de conclusión de este capítulo podremos ver que el delito de peculado, posee dos elementos unos comunes, que hablan sobre los sujetos activo que en este delito y de acuerdo a mi análisis práctico del caso este va a recaer sobre los funcionarios públicos; el sujeto pasivo del delito sobre el cual recae esta acción, su conducta que se refiere al elemento descriptivo en cuanto al delito de peculado se refiere, es decir a la manera o forma de comportarse del sujeto activo para lograr el cometimiento de este ilícito y el objeto material sobre el cual recae el ilícito, ya que cabe recalcar que para que se configure el delito de peculado es necesario que concurren dos circunstancias, el primero que sea un empleado público, y segundo que actúe dentro de su competencia; de ser de otra manera nos encontraríamos frente a otro tipo penal, diferente del peculado.

También posee elementos especiales los cuales cuentan con un elemento normativo que es aquél que requieren una particular valoración de parte del intérprete, sin la cual no es posible concretar su ilicitud, y además un elemento subjetivo que constituye en el ánimo de apropiarse, o consentir que otros dispongan los caudales o efectos puestos a cargo del funcionario a quien incumbe el deber de velar por los bienes o efectos puestos a su cargo, consecuentemente estamos frente a un ilícito eminentemente doloso.

- **La tentativa y la consumación en el delito de peculado:**

A manera de conclusión podremos ver que es muy importante establecer los diferentes grados de consumación que llevan a cometer el ilícito; sin embargo a pesar que dogmáticamente hay base para sustentar tanto a la tentativa como a la consumación, creo que el fundamento de la punición de todos los actos de ejecución del delito tiene que ser, necesariamente unitario y responder a la misma finalidad político-criminal y preventiva que preside todo el derecho penal. La tentativa no es más que una necesidad político-criminal de extender la amenaza o conminación penal prevista para los tipos delictivos para el caso de consumación de los mismos, a conductas que ciertamente no consuman el delito, pero que están muy próximas a la consumación y se realizan con voluntad para conseguirla. El delito primario y punto de referencia de la intervención del Derecho penal, es pues, el delito en su forma consumada. No existe una tentativa en sí misma, sino la tentativa de consumir algo. El desvalor del resultado al ser mayor en la consumación, determina una mayor antijuridicidad de ésta; sin embargo, el desvalor de la acción es el mismo en una y otra, de ahí que el elemento subjetivo, la intención o dolo de consumir el delito, sea el mismo en ambas.

- **Conclusión del análisis realizado por el ilícito cometido por los funcionarios públicos del Monte de Piedad.**

Los funcionarios han afectado a los particulares en una suma de dinero significable, y a su vez han afectado al Monte de Piedad, puesto que al realizar el avalúo por debajo de la base, el 5% de la comisión recibida por parte de esta Institución es diferente y en menor valor ya que no fue tomada del valor único y verdadero, lo que quiere decir que los implicados en este delito, fueron todos los que participaron del mismo para el remate, ya sea de manera directa o indirecta, ya que todas las pruebas recaen sobre aquéllos funcionarios probando de esa manera que existieron todos los medios necesarios que los vinculan y que los implican en el delito y que según los precedentes indicados, éstos actúan de manera premeditada tomando todas las medidas necesarias y medios requeridos para que exista el aprovechamiento de dineros públicos y no se dé el descubrimiento del ilícito.

Los presentes elementos constituyen como precedente, para así configurar el delito de PECULADO, descrito en el artículo 257 del Código Penal, ejecutado por los funcionarios públicos del Monte de Piedad, en el ejercicio de sus funciones, de acuerdo a lo siguiente:

En todos los casos el Monte de Piedad, cobrará un valor del 5% sobre el valor producto del remate por concepto de comisión.

Lo cual no sucede puesto que la base se toma del valor sacado del avalúo inferior al permitido por el Reglamento del Monte de Piedad, el mismo que afecta de una manera notable a esta Institución perjudicándole en el valor producto del remate por concepto de comisión, al sacar un valor diferente al indicado inicialmente.

## **2 CONCLUSIONES METODOLÓGICAS:**

La metodología para realizar el presente trabajo de tesis fue el siguiente:

- Primero fue necesario señalar al delito en general con bases sólidas para el análisis del delito de peculado:
- A continuación fue importante señalar el delito de peculado en nuestro ordenamiento jurídico.
- Como tercer punto fue importante establecer con claridad a los elementos constitutivos del delito de peculado en general, tema central de mi trabajo de tesis.
- Es esencial señalar una definición y estructura de la administración pública, y los diferentes deberes que tienen que ser cumplidos por los funcionarios del Estado, en el cabal cumplimiento de sus funciones.
- Como otro punto importante del presente trabajo de tesis es importante establecer los diferentes tipos de ilícitos que ofenden a la administración pública o la recta administración de la justicia, entre ellos el delito de peculado, análisis que me corresponde.
- Es importante realizar un análisis detenido a cada uno de los elementos que conforman el ilícito ejecutado por el sujeto activo, puesto que existen varias

categorías del delito de peculado, los mismos que pueden tener diferencias mínimas entre ellos; sin embargo es importante señalarlas, ya que en el momento de aplicar una sanción va a ser diferente en cada tipo penal.

- Con todos estos elementos se ha realizado el correspondiente análisis al caso práctico del ilícito ocasionado por los funcionarios públicos del Monte de Piedad de la ciudad de Cuenca.

### **3 CONCLUSIONES PRAGMÁTICAS:**

Es importante señalar que este caso práctico que correspondió al análisis del ilícito cometido por los funcionarios públicos del Monte de Piedad, se resolvió el 24 de agosto de 2011; es decir apenas hace dos semanas del término de mi trabajo de tesis, ante Corte Nacional de Justicia; resolución que confirma mi teoría señalada, puesto que los funcionarios públicos acusados en este ilícito han sido procesados como autores en el delito de peculado, y recibirán la pena correspondiente al mismo.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

1. CANCINO MORENO Antonio J. “El delito de peculado en el nuevo Código Penal. Bogotá Colombia. Editorial Temis. 1983. 347 págs. 1ra edición.
2. CANCINO MORENO José Antonio. “El derecho penal en la obra de Gabriel García Márquez”. Bogotá- Colombia. Ediciones Librería del profesional. - 1987. 489 págs. 2da edición.
3. RUBIO ANGULO Edmundo. “El peculado”. Bogotá D.E.1985. 427 págs. 1ra edición.
4. CUEVA CARRIÓN Luis. “Peculado. Teoría, práctica y jurisprudencia”. Quito-Ecuador. Ediciones Cueva Carrión. Tomo II. 2007. 590 págs. 2 da edición.
5. FLORES UZACATÉGUI Gustavo. GARCÍA FLACONÍ José. “Manual de Práctica Procesal en los Juicios por Peculado”. Quito-Ecuador. 1982. 345 págs. 2da edición.
6. ZAMBRANO PASQUEL Alfonso. “El Peculado Bancario y la Extradición”. Bogotá- Colombia. Editorial Edino. Tomo VII. [199-] 359 págs. 2da edición.
7. ZAMBRANO PASQUEL Alfonso. “El Peculado Bancario y la Extradición”. Bogotá- Colombia. Editorial Edino. Tomo VIII. [199-] 490 págs. 3ra edición.
8. REGIMEN PENAL ECUATORIANO. Quito – Ecuador. . 1999. 150 págs. Ediciones legales
9. MUÑOZ CONDE Francisco. “Derecho Penal. Parte General.” Valencia- España. Editorial Tirant Blanch. Septiembre de 1993. 720 págs. 1º Edición.
10. WELZEL Hans. “Derecho Penal Alemán. Parte General”. Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1994. 643 págs. 12º Edición.

# **8. ANEXOS**