

Quito, 03 de enero del 2018

Señor Doctor

**Iñigo Salvador Crespo**

**DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR**

Presente.-

De mis consideraciones:

En relación al oficio No. 146-SJG-2017, de 19 de diciembre del 2017, recibido en mi Estudio Jurídico el día 20 de diciembre del 2017, por medio del cual se me designa como Profesora Informante de la disertación de abogacía intitulada "*Los requisitos de procedibilidad en el delito de peculado en el Ecuador*", elaborada por el señor estudiante **Milton Francisco Freire Segarra**; encontrándome dentro del plazo reglamentario, me permito emitir el siguiente informe:

### **I. RELEVANCIA DE LA TEMÁTICA PLANTEADA**

El tema propuesto por el señor Freire es muy interesante y, el problema investigativo, ha sido muy bien delimitado, en especial, porque es de las pocas personas que ha llegado a analizar tan prolijamente el hecho de que el delito de peculado, a pesar de ser imprescriptibles su acción y pena, por el requisito de procedibilidad de informe previo de Contraloría, tan solo contaría con siete años para un ejercicio real del poder de sanción.

Dicho esto, en las líneas siguientes, me permitiré hacer ciertas observaciones, las que en su mayoría, más que errores doctrinarios o normativos, suponen temáticas abiertas al debate.

**1.1** En la Introducción, el autor del trabajo dice textualmente que: "*En los Códigos Penales anteriores al Código Orgánico Integral Penal, en concordancia con las leyes de los órganos de control de las entidades públicas del Ecuador se delimitó el requisito de*



*procedibilidad para el delito de peculado (...)*”; quizá aquí falla la redacción, porque en los Códigos Penales anteriores al COIP no constó de **forma expresa** el requisito de procedibilidad. Es solamente con el Código Orgánico Integral Penal que surge esta cuestionada figura.

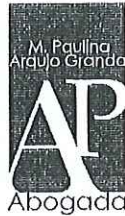
**1.2** En la página 14, se sostiene que fue el Código de 1971 el que se mantuvo vigente hasta que fue sustituido por el actual Código Orgánico Integral Penal. Esta premisa no es cierta, dado que fue el Código de **1938**, con su gran cantidad de reformas y sometido a procesos de codificación, el que estuvo vigente hasta la norma que nos rige en la actualidad.

**1.3** En varias páginas de la disertación (15, 18, 56) se afirma que el verbo rector del delito de peculado, descrito en el artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal es “abusar”; cuando, si se aplica una adecuada exégesis gramatical de la tipicidad (elemento objetivo), se puede ver que justamente es en los verbos rectores en donde se producen cambios, si lo comparamos con las descripciones tipológicas de peculado de Códigos Penales anteriores, en las que sin lugar a dudas el verbo fue el abuso de fondos públicos o privados. El COIP, me permito dejar constancia, contiene al menos cuatro verbos rectores. Mírese que el propio autor de la disertación, en la página 21, ya se refiere junto al verbo “abusar”, al verbo “apropiar”.

**1.4** A partir de la página 16 y como *constante* de la investigación, el autor señala que el delito de peculado no es un delito propio, ya que puede ser cometido tanto por funcionarios públicos, como por trabajadores y altos ejecutivos de las instituciones financieras.

Lo que el estudiante pasa por alto por ejemplo, es la parte final del artículo 233 de la Constitución vigente (2008) y 121 de la Constitución de 1998, en donde se extienden las figuras delictivas, entre ellas el peculado, a toda persona que haya participado en el ilícito, así no tenga la calidad de funcionario público. Aquí *verbi gratia*, entrarían particulares de empresas privadas nacionales o extranjeras.

**1.5** En la página 17, el señor Freire Segarra sostiene que por el “feriado bancario” del año 1999, es que historiadores (los cuales no son citados) afirman nació la necesidad de hacer constar en el texto constitucional la imprescriptibilidad tanto de la pena como de la acción del delito de peculado. Me permito indicarle que esa imprescriptibilidad consta desde la Constitución de **1998 (Art. 121)** y quizá, casos emblemáticos que



motivaron esta decisión del poder constituyente, fueron los sendos procesos por peculado del ex Presidente Abdalá Bucaram.

**1.6** En las clases de peculado que constan a partir de la página 20, nada se dice del actual delito de tráfico de influencias del COIP y que se correspondió con una de las modalidades de los peculados menores, últimos que aunque con pena menor, contaron con la “protección punitiva” de la imprescriptibilidad de delitos y penas y la posibilidad de juzgarse en ausencia.

**1.7** En la página 24 existen gran cantidad de ideas confusas. Primero, cuando el disertante inicia la descripción del “*peculado por omisión*”, más bien registra los elementos tipológicos de la defraudación tributaria; luego, dice que la clasificación que comenta “*si bien es aceptada por la doctrina*”, no precisa a qué doctrina se refiere.

Me reservo en el curso de la defensa oral cuestionar al alumno acerca de todo lo referente a la omisión, dentro de la teoría del delito y eso, llevarlo a la *praxis* judicial cuando del delito de peculado se trata.

**1.8** A partir de la página 33, se habla de las resoluciones de la Corte Nacional de Justicia y el establecimiento de requisitos de procedibilidad para el delito de peculado. Me reservo el derecho de aclarar esta idea en el curso de la defensa, en especial en lo que tiene que ver con la temática de las fuentes del Derecho Penal y el principio de legalidad.

En esta misma línea, si tomo lo que el alumno coloca en la página 45, me permitiré interrogarle acerca de cuál es el único órgano autorizado para la interpretación de las normas generalmente obligatorias.

**1.9** En la página 53, se confunde lo que es una *notitia criminis*, con lo que es un informe de Contraloría remitido a Fiscalía, con los entiendo yo, respectivos indicios de responsabilidad penal. Se solicitará una plena diferenciación de estos insumos, en el curso de la defensa oral.

**1.10** No se explica en la disertación, como operó la regla de la prescripción para los delitos contra la administración pública en el artículo 101 del ex Código Penal, en concreto, antes de la Constitución de 1998. Esto debe ser investigado por el señor Freire Segarra.



**1.11** Respecto a la nulidad absoluta que se propone a partir de la página 69 (y en la conclusión número 7), me reservo mi derecho a preguntar acerca de la existencia o no en nuestro ordenamiento jurídico, de la aplicación directa de las normas constitucionales, por parte de cualquier juez o tribunal.

**1.12** Por último, en la conclusión número 9, tengo la percepción de que el autor de la disertación no tiene muy en claro la diferencia tipológica entre el delito de peculado genérico y el llamado como peculado bancario, esto más, si se hace un ejercicio comparativo entre el ex Código Penal y el Código Orgánico Integral Penal.

## **II. ASPECTO METODOLÓGICO – FORMAL**

Metodológicamente hablando, el trabajo tiene una estructura bastante aceptable y, los errores de forma, son mínimos. Es evidente que hubo una buena revisión y se aplicó un cuidado debido; todo lo cual demuestra la seriedad con la cual se ha trabajado.

Tan solo quisiera hacer notar ciertas faltas de ortográficas. La primera la encontramos en la introducción, en donde debería decir “los cometidos contra el sistema financiero nacional ...”, coloca “os cometido ...”; en la página 5, donde debe decir “siendo”, coloca “siento”; y, en la página 70, la palabra es “recursos” y no “recurso”.

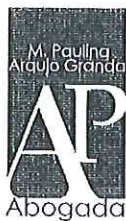
En lo concerniente a las citas de referencias bibliográficas, en la página 31, cuando refiere a Mercado Cruz y el “Sistema español: los delitos”, no coloca los números de páginas. Por último, la traducción al inglés del resumen del aporte académico, no se corresponde del todo con las ideas expuestas. Quizá el señor estudiante debió acudir a una traducción técnico-jurídica más puntual.

## **III. BIBLIOGRAFÍA ANALIZADA**

Los insumos bibliográficos empleados reflejan un revisión amplia y minuciosa.

## **IV. CALIFICACIÓN**

Por todo lo aquí contenido, califico el trabajo de disertación con la nota de **9/10**, reservándome el derecho de requerir al estudiante en el curso de la defensa oral, el aclarar ciertos conceptos que han quedado aquí registrados.



Sin más por el momento, aprovecho la oportunidad para expresarle señor Decano mis sentimientos de consideración y respeto.

Muy atentamente,



**M. Paulina Araujo Granda, PhD ©**  
**DOCENTE DEL ÁREA PENAL**



Quito, 21 de febrero de 2018

**Señor Doctor  
Iñigo Salvador  
DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR.**

De mis consideraciones:

Por medio de la presente remito a usted, señor Decano, el informe cualitativo de la Disertación asignada para su análisis correspondiente, intitulada *"LOS REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD EN EL DELITO DE PECULADO EN EL ECUADOR"*, elaborada por el estudiante MILTON FRANCISCO FREIRE SEGARRA, dentro del trámite de titulación y previo a la obtención del título de Abogado; informe que se encuentra contenido en los siguientes puntos:

I

Luego de la revisión del contenido de la disertación presentada, el estudiante, en su Capítulo Primero efectúa un repaso de los elementos constitutivos del delito de peculado, los elementos objetivos y subjetivos del tipo, verbos rectores; esto es, efectúa un recuento de la cátedra de Teoría del Delito, misma que se dicta dentro del claustro universitario.

En el Segundo Capítulo, en general el autor efectúa un análisis respecto de los requisitos de procedibilidad, a partir del cual empieza ya a hacer referencia, como también lo hará a lo largo de toda su disertación, de las resoluciones de la Corte Nacional de Justicia, siendo que el autor ha basado su disertación en las consideraciones ya constantes en la acción que en su momento fue presentada por la Fiscalía General del Estado por intermedio del entonces Fiscal General del Estado, Dr. Washington Pesántez Muñoz, hecho que es afirmado por el propio alumno cuando manifiesta: *"...Esta tesis está sustentada e (SIC) la demanda de inconstitucionalidad presentada por la Fiscalía General del Estado..."*.

Sus conclusiones, sin embargo, son claras y permiten dar cuenta de la efectiva problemática procesal a la que ha hecho referencia en su disertación, finalizando con recomendaciones factibles de ser llevadas a cabo y que brindarían solución a la problemática investigada.

Por lo indicado, considero que la calificación de la presente disertación corresponde a OCHO (8,0) PUNTOS SOBRE DIEZ.

Habiendo dado cumplimiento a lo solicitado me despido, señor Decano, reiterándole mi consideración y estima.

Atentamente,

Dr. Márcell Chávez Q., MSc.  
PROFESOR INFORMANTE

PARA GRADOS ACADÉMICOS DE ABOGADOS (TERCER NIVEL)


PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN y AUTORIZACIÓN

Yo, **MILTON FRANCISCO FREIRE SEGARRA**, C.C. **110465048-4** autor del trabajo de graduación intitulado: **“Los Requisitos de Procedibilidad en el Delito de Peculado en el Ecuador”**, previa a la obtención del grado académico de **ABOGADO** en la Facultad de **JURISPRUDENCIA**:

- 1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.
- 2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Quito, 6 de febrero del 2018

  
Milton Francisco Freire Segarra  
C.C. 110465048-4



**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL  
ECUADOR**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

**ESCUELA DE DERECHO**

**DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL  
TÍTULO DE ABOGADO**

**“LOS REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD EN EL  
DELITO DE PECULADO EN EL ECUADOR”**

**MILTON FRANCISCO FREIRE SEGARRA**

**DIRECTOR: DR. NICOLÀS SALAS PARRA**

**QUITO, 2018**

*A mi madre, Patricia, por todo su esfuerzo y sacrificio.*

## **RESUMEN**

Según la Constitución de la República del Ecuador el delito de peculado es imprescriptible, tanto en la acción como en la pena, con el fin de evitar la impunidad. A pesar del ánimo de perseguir el delito de peculado en el Ecuador sin importar el tiempo en que se lo haga, existe el requisito de procedibilidad establecido en el Código Orgánico Integral Penal, que manda a que la Contraloría General del Estado elabore un informe previo con indicios de responsabilidad penal, el mismo que es indispensable para que la Fiscalía General del Estado inicie un proceso penal por este delito, siempre y cuando se trate de delitos cometidos en instituciones que se encuentren bajo la supervisión de la Contraloría General del Estado. Para el delito de peculado bancario, es decir, para los cometidos contra el sistema financiero nacional no se requerirá ningún informe para que la Fiscalía General del Estado inicie la Instrucción Fiscal. Si bien el delito de peculado es imprescriptible, la necesidad de contar con un informe previo con indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado torna este delito en prescriptible, ya que la Contraloría General del Estado tiene solamente 7 años a partir del cometimiento del supuesto ilícito para la elaboración de dicho informe, dando paso a la impunidad en el Ecuador.

**Palabras clave:** Requisito de procedibilidad, Contraloría General del Estado, Fiscalía General del Estado, proceso penal, peculado, Corte Nacional de Justicia, imprescriptible, impunidad, informe e indicios de responsabilidad.

## **ABSTRACT**

According to the Constitution of the Republic of Ecuador, the crime of embezzlement is imprescriptible, both in the action and in the sentence, to avoid impunity. Despite the desire to prosecute the crime of embezzlement in Ecuador regardless of the time it is done, there is a procedural requirement established in the Código Orgánico Integral Penal, which requires the Contraloría General del Estado to prepare a preliminary report with indications of criminal responsibility, which as is essential for the Fiscalía General del Estado to initiate a criminal proceeding for this crime, as long as it is crimes committed in institutions that are under the supervision of the Contraloría General del Estado. For the crime of bank embezzlement, that is, for those committed against the national financial system no report will be required for the Fiscalía General del Estado to initiate the Fiscal Instruction. Although the crime of embezzlement is imprescriptible, the need to have a prior report with evidence of criminal responsibility issued by the Office of the Contraloría General del Estado makes this offense a prescriptible one, since the Contraloría General del Estado has only 7 years since the commitment of the illicit assumption for the preparation of said report, giving way to impunity in Ecuador.

**Key words:** Procedure requirement, Contraloría General del Estado, Fiscalía General del Estado, criminal proceeding, embezzlement, Corte Nacional de Justicia, imprescriptible, impunity, report and indications of responsibility.

## TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN.....	5
CAPÍTULO I.....	7
1. Antecedentes del delito de peculado .....	7
<b>1.1. Antecedentes .....</b>	<b>7</b>
<b>1.2. Concepto de peculado .....</b>	<b>16</b>
<b>1.2.1. Definición de peculado .....</b>	<b>16</b>
<b>1.2.2. Características del peculado.....</b>	<b>17</b>
<b>1.2.3. Clases de peculado.....</b>	<b>20</b>
<b>1.2.3.1. Peculado por apropiación .....</b>	<b>20</b>
<b>1.2.3.2. Peculado por uso indebido.....</b>	<b>21</b>
<b>1.2.3.3. Peculado por extensión .....</b>	<b>23</b>
<b>1.2.3.4. Peculado por omisión .....</b>	<b>24</b>
<b>1.2.3.5. Peculado por aplicación oficial diferente .....</b>	<b>25</b>
<b>1.2.3.6. Peculado por error ajeno.....</b>	<b>27</b>
<b>1.2.3.7. Peculado culposo .....</b>	<b>28</b>
<b>1.2.3.8. Peculado propio .....</b>	<b>29</b>
<b>1.2.3.9. Peculado impropio.....</b>	<b>30</b>
<b>1.2.3.10. Diferencias entre los distintos tipos de peculado .....</b>	<b>30</b>
CAPÍTULO II.....	33
2. Los requisitos de procedibilidad .....	33
<b>2.1. Definición de requisitos de procedibilidad.....</b>	<b>33</b>
<b>2.1.1. Requisitos de procedibilidad en la normativa ecuatoriana .....</b>	<b>34</b>
<b>2.2. Los requisitos de procedibilidad en el peculado .....</b>	<b>38</b>
<b>2.2.1. Análisis de las Resoluciones de la Corte Nacional de Justicia respecto al peculado 38</b>	
<b>2.2.2. Resolución de 24 de febrero de 2010 de la Corte Nacional de Justicia: necesidad de informe con indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado para los hechos contemplados en el artículo 257 del Código Penal.....</b>	<b>44</b>
<b>2.2.3. Resolución de 10 de noviembre de 2010 de la Corte Nacional de Justicia: aclaración de la Resolución de 24 de febrero de 2010, genera distintas interpretaciones .....</b>	<b>46</b>
<b>2.2.4. Resolución 08-2015 de la Corte Nacional de Justicia: solución a los problemas generados por anteriores resoluciones .....</b>	<b>50</b>

2.2.4.1. Aspectos no tratados en la Resolución 08-2015 de la Corte Nacional de Justicia	52
2.2.4.1.1. Dineros que ingresan al sistema financiero nacional ¿son públicos o privados?	53
2.2.4.1.2. Separación de las funciones de la Fiscalía General del Estado, respecto a la Contraloría General del Estado	53
2.2.4.1.3. Prescriptibilidad del delito de peculado	54
2.2.4.1.4. Tratamiento distinto al peculado genérico respecto al peculado bancario	56
2.2.5. Acción pública de inconstitucionalidad de actos normativos, mediante la cual solicita se declare la inconstitucionalidad de la totalidad de la resolución emanada por el pleno de la Corte Nacional de Justicia de 24 de febrero del 2010.	58
2.2.5.1. Limitación a las funciones de la Fiscalía General del Estado	60
2.2.5.2. Problemas respecto a la imprescriptibilidad del peculado	62
2.2.5.3. Atribución de las funciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros a la Contraloría General del Estado	63
2.2.5.4. Imposibilidad de perseguir el peculado bancario	65
2.2.5.5. Falta de motivación de la Resolución de 24 de febrero de 2010	66
2.2.5.6. Vulneración a la seguridad jurídica	66
2.2.5.7. Pretensión de la Demanda de Inconstitucionalidad 0053-10-IN.	67
2.2.6. Consecuencias de la no aplicación de los requisitos de procedibilidad al iniciar el proceso penal.	68
<b>CAPÍTULO III</b>	<b>72</b>
3. Análisis del caso No. 122-11903-2013 “CACPE-Macará”	72
3.1. Antecedentes	72
3.2. Análisis del caso en base a lo resuelto en primera instancia	76
3.3. Análisis del caso en base a lo resuelto en segunda instancia	87
3.4. Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado para evitar la Impunidad a través de la Prescripción.	96
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>99</b>
<b>RECOMENDACIONES</b>	<b>101</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>102</b>

## **INTRODUCCIÓN**

Los requisitos de procedibilidad son presupuestos que la norma establece como indispensables para poder iniciar un proceso penal, sin los mismos el proceso penal no puede iniciar. En los Códigos Penales anteriores al Código Orgánico Integral Penal, en concordancia con las leyes de los órganos de control de las entidades públicas del Ecuador se delimitó el requisito de procedibilidad para el delito de peculado en el Ecuador. El mismo que ha sido complementado con diversas Resoluciones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, pero que a su vez han causado confusión en las partes procesales y en los operadores de justicia al momento de aplicar los presupuestos de procedibilidad frente a un presunto caso de peculado.

Anteriormente con las diversas Resoluciones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia no distinguían el proceso que se debía seguir en caso de que fuese peculado genérico o peculado bancario, si bien el espíritu de dichas Resoluciones pudo haber sido diferenciar ambas clases de peculado y darles un tratamiento distinto, no lo consiguieron y generaron confusión en los juristas ecuatorianos, por lo que en la última Resolución, la 08-2015 determinan claramente que en el Ecuador el peculado bancario puede ser perseguido sin necesidad de ningún requisito de procedibilidad, pero que el peculado genérico mantiene el presupuesto de procedibilidad que constituye el informe previo con indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado.

En el Ecuador el peculado es un delito que no prescribe, pero se ha determinado que para iniciar un proceso penal por este ilícito se debe de contar con el informe previo con indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado, siendo este informe el requisito de procedibilidad que el Código Orgánico Integral Penal determina como indefectible para poder perseguir el delito. Contrario a lo prescrito por la Constitución de la República, la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado establece que dicho órgano de control tiene un máximo de 7 años para emitir el informe previo con indicios de responsabilidad penal, el mismo que es necesario para que Fiscalía pueda iniciar el proceso penal por peculado, dando como resultado que en caso de que dicho informe no se elabore dentro del plazo establecido por ley, sea imposible perseguir el delito de peculado por falta de presupuestos de procedibilidad. Esta prescripción del plazo para emitir el informe con indicios de responsabilidad penal abre las puertas a la

impunidad, ya que a pesar de que la acción para perseguir el peculado no prescribirá nunca, es imposible iniciar dicha acción sin el informe de la Contraloría General del Estado, por lo que en el Ecuador el peculado sí prescribe.

Por lo tanto, el requisito de procedibilidad en el Ecuador para poder perseguir el delito de peculado, más allá de que prescriba o no el tiempo para la elaboración del informe por parte de la Contraloría General del Estado, constituiría una traba para el sistema judicial, con lo que la administración de justicia se vería retrasada e incluso impedida de actuar.

# CAPÍTULO I

## 1. Antecedentes del delito de peculado

### 1.1. Antecedentes

El delito de peculado está tipificado desde la antigüedad, y conforme el paso del tiempo ha evolucionado, adaptándose a la modernidad hasta encontrarse tipificado como lo conocemos actualmente. Del mismo modo como ha cambiado el tipo penal del peculado a lo largo de la historia, la sanción por su cometimiento ha variado. La pena a esta conducta típica antijurídica se remonta al Código de Manú<sup>1</sup> que contemplaba una penalidad mucho más drástica de lo que es en la actualidad. El delito de peculado en el Código de Manú:

(...) castigaba con la pena de muerte a quien sustraía el tesoro público. Los romanos le dieron un tratamiento jurídico bastante técnico, aunque al comienzo lo confundieron con el delito denominado, que era hurto de bienes que pertenecían a los dioses, porque los bienes divinos y estatales, jurídicamente, no se distinguían, sino solo por su uso o función. (Cueva Carrión, 2006, p. 53)

En Roma se lo conocía a este delito como “*Crimen Repentundarum* (...)”, que es el tipo delincencial genérico dirigido a frenar los abusos de los funcionarios públicos, y el ánimo o finalidad era recuperar las cantidades de dinero exigidas por los funcionarios públicos en sus prácticas extorsivas”(Zambrano Paquel, 2014, pp. 245, 246)

En el caso de Roma también tuvo asidero en la Ley de las Doce Tablas, en las Tablas VIII y IX se encuentra el derecho penal, donde se divide los delitos en cuatro categorías distintas: “perduellio, parricidium, furtum e iniuria”(Cueva Carrión, 2006, p. 54)

Dentro de estas cuatro categorías de delitos que se realiza en las XII Tablas, el *perduellio* sancionaba la alta traición, el *parricidium* como lo podemos entender de su nombre era el delito de dar muerte a los padres, la *iniuria* de donde deriva la palabra “injuria” que es un “agravio, ofensa o ultraje de palabra o de obra con intención de deshonorar (...) a otra persona” (Cabanellas de Torres, 2008, p. 199); pero la categoría que interesa al presente

---

<sup>1</sup> El Código, nacido después de la victoria del sistema brahmánico, ha experimentado diferentes redacciones y probablemente no fue completamente concluido hasta unos 600 años antes de Cristo. Contiene esta obra el régimen de todo el orden ético, religioso, moral y jurídico de la vida, en íntimo enlace; pero de tal modo que, aun cuando toda trasgresión de sus preceptos trae consigo un castigo, éste tiene distinto carácter, ora sólo religioso-moral, ora externamente jurídico. Recuperado el 28 de junio de 2017 de <http://leyderecho.org/codigo-de-manu/>

trabajo de investigación es la de *furtum*, donde están establecidos los delitos contra el patrimonio.

El concepto romano de *furtum* no se corresponde con el moderno de hurto, pues el *furtum* no es sólo la sustracción fraudulenta de la cosa de otra, sino, (...) la sustracción fraudulenta con ánimo de lucro, ya sea de la misma cosa, o bien de su uso o su posesión. (“*Furtum* o delito de hurto romano,” 2012)

Los romanos desarrollaron una clasificación del peculado. Según Cueva Carrión (2006) esta clasificación consiste en el peculado estatal, municipal y *pecuniae residuae*.

El peculado estatal era “la sustracción de metales preciosos o de monedas del erario pertenecientes a la comunidad romana o a alguna otra caja pública”(Cueva Carrión, 2006, p. 55)

Por otro lado el peculado municipal para los romanos “consistía en la distracción de fondos municipales o en la falsificación de sus libros de contabilidad o de sus documentos”(Cueva Carrión, 2006, p. 56).

Entre el peculado estatal y municipal no existía una diferencia que los distinguiera entre sí, más que el ámbito territorial en el que se desarrollaban, por ende, se los llegó a equiparar como un solo tipo de peculado.

Por su parte el *pecuniae residuae* consistía en que:

El administrador de fondos públicos tenía la obligación ineludible de rendir cuentas de su gestión, al final, debía entregar el dinero que le quedaba; si no lo hacía, durante un año, se consideraba como una simple deuda de cantidad líquida, pero si, transcurrido el plazo, no pagaba, el deudor estaba sujeto a una acción pública y a la pena de entregar, además, un tercio de la suma debida.(Cueva Carrión, 2006, p. 56)

En el caso del Derecho español antiguo se dictaron las Leyes de las Partidas, también conocidas como las Siete Partidas<sup>2</sup>, en donde se tipifica al peculado y se lo sanciona de una manera similar a lo prescrito en el Código de Manú. Estas Partidas tuvieron gran influencia en el proceso legislativo de Latinoamérica.

---

<sup>2</sup> Las Siete Partidas o Partidas son un cuerpo normativo redactado en Castilla, durante el reinado de Alfonso X (1252-1284), para conseguir una cierta uniformidad jurídica del Reino. Su nombre original era Libro de las Leyes y, hacia el siglo XIV recibió su actual denominación, por las secciones en que se encuentra dividida. Recuperado el 28 de junio de 2017 de <http://sciapoda.blogspot.com/2010/11/siete-partidas.html>

El peculado en las Siete Partidas consistía primordialmente en una ofensa a la autoridad real. En cuanto a la sanción por el cometimiento de peculado

Conforme dichas leyes, debía morir no sólo el oficial del rey que tuviese algún tesoro o guarda, o que recaudara pagos o derechos y los hurtara, o el juzgador que, mientras estuvieran en la función, hurtara los “maravedís” del rey o de un consejo o los encubrieran. (Carrera, 2005, p. 28)

En este tipo penal se observa que el sujeto activo es una persona que se encuentra relacionada con el servicio a la Corona y que tiene acceso a los bienes o fondos reales, de los cuales se apropie para beneficio propio o de terceros. La sanción en caso de cometer peculado era la muerte, de todo aquel que hubiese participado en el cometimiento del ilícito.

En la doctrina italiana el peculado es tomado como abuso de confianza. En el Código Penal italiano de 1889 el objeto material del delito de peculado podía ser un bien público o privado. De acuerdo a Carrera (2005) “debe tenerse presente, al remitirse a la teoría italiana, que la del Código de 1889 trabaja sobre un dispositivo, en el que el objeto material comprendía tanto los bienes públicos como los privados” (p. 63).

En el caso de la República de la Argentina el 14 de septiembre de 1863 se promulgó la Ley 49, la misma que según Sánchez Viamonte citado por Carrera (2005, p. 33) fue “destinada a reprimir los delitos cuyo juzgamiento compete a los tribunales nacionales, la que, (...) previó el peculado y los residuos”. El peculado se encontraba en el artículo 80 de la Ley 49 en donde el sujeto activo queda determinado como “todo el que tuviere obligación de dar cuentas al gobierno nacional” (Carrera, 2005, p. 33)

En el Ecuador el delito de peculado se encuentra tipificado desde el primer Código Penal, en vigencia en el año 1837.

Los códigos penales que adquirieron vigencia en nuestra país obedecieron a razones diversas: el primero, 1.837, por la necesidad de tener un Código propio; los dos siguientes de 1.872 y 1.906 respondieron a sendas ideologías: la conservadora, capitaneada por García Moreno y, la liberal, cuya figura máxima fue Eloy Alfaro; el de 1.938 y los siguientes fueron motivados por afanes modernizadores, para asimilar la doctrina de las nuevas corrientes criminológicas y penales, especialmente las enseñanzas de la Escuela Positiva.(Cueva Carrión, 2006, p. 115)

En 1837 bajo la presidencia de Vicente Rocafuerte, se promulga el primer Código Penal, que tipifica lo que en la actualidad identificamos como peculado. Según Cueva Carrión (2006), este código, como la gran mayoría en América Latina, está inspirado en el Código Penal Napoleónico de 1810.

En el primer Código Penal, en el Título Sexto se habla de los delitos contra la hacienda nacional, en concreto el extravío, malversación y mala administración de los caudales y efectos de la hacienda nacional. Por tanto era delito cometido por los tesoreros, administradores, contadores y otros funcionarios públicos encargados de la administración, recaudación o manejo de caudales o efectos de la hacienda nacional, y que hicieren uso de tales caudales o efectos que estén a su cargo para objetos diferentes a los que están destinados, aunque no hayan sido necesarios para atender la hacienda, y aunque reemplacen o repongan esos efectos y caudales cuando sean necesarios. (Donoso Castellón, 2008, p. 126)

Por lo descrito en este Código Penal, se observa que el peculado lo consideran una indebida administración por parte de los servidores públicos, los mismos que tienen acceso a los caudales y rentas de los pueblos y establecimientos públicos. Dichos servidores públicos se entiende que son los encargados de administrar correctamente esos fondos, en apego a la ley, pero en el momento que cualquier cantidad de ese dinero estatal, que por lo general es utilizado para cubrir las obras y necesidades del Estado, es direccionado en otro sentido al establecido por las normas, se está cometiendo un delito contra la hacienda nacional. Este código sanciona el abuso del dinero público.

Bajo la presidencia de Gabriel García Moreno, en el año 1872, se promulgó el denominado “Código Garciano”, donde se tipificaba de igual manera el peculado en el artículo 257, el mismo que prescribe lo 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 los representen, de piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuviesen en su poder en virtud o razón de su cargo. - si el abuso no excede la fianza, el culpable será castigado con la mitad de la pena precedente.

El sujeto activo de este tipo penal es cualquier persona que sea empleado público, que tenga a su alcance dineros públicos o privados y que abuse de los mismos. De la redacción del artículo 257 del Código Penal de 1872 se desprende que el sujeto activo comete este ilícito en razón del ejercicio de sus funciones. En este tipo penal no se considera un posible peculado impropio. Solamente se consideraba la posibilidad del cometimiento de un peculado propio.

El verbo rector en este artículo es “abusar” de los fondos públicos o privados. Como lo explica Donoso Castellón (2008)

El elemento objetivo y material en el que recae la acción infraccional son los fondos públicos, dineros públicos o privados o efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles e inmuebles, entendidos como el conjunto de recursos para el cumplimiento del servicio público; la conducta puede consistir en desfalco, malversación, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante. (p.131)

En este Código ya se contempla lo que en la actualidad es conocido como “peculado bancario”, según afirma Donoso Castellón (2008):

Allí legislativamente ya se prevé el concepto de lo que son los fondos captados de los bancos reciben esos fondos y con ellos efectúan operaciones financieras, fundamentalmente de crédito, la actividad peculiar del banco, por su naturaleza, hace que los fondos captados del público entren al orden económico social... (pp.132, 133)

Es decir, el Dr. Arturo Donoso (2008), esboza la teoría de que, en realidad, todo el dinero que ingrese al sistema financiero ya sea mediante banca privada, banca pública, pago de rubros al Estado o como sucede en la actualidad, a través de las cooperativas de ahorro y crédito, se convierte en dinero público. Dado que, al ingresar al sistema financiero, el dinero empieza a circular, no es estático, esto lo convierte en público, por lo que cuando una cuenta ahorrista de una entidad bancaria realiza una transacción de retiro de dinero de su propia cuenta bancaria, el monto es el mismo, sin embargo, el dinero no lo es.

Por esto es que en el Código Penal de 1872, ya se considera el peculado bancario y que el sujeto activo del peculado no necesariamente es un servidor público, como lo sostiene Donoso Castellón (2008) “un banquero abusa de los fondos captados que se convierten en fondos públicos, pero provenientes de personas privadas o particulares”(p.134).

El Código Penal de 1889 se expidió bajo la presidencia de Antonio Flores Jijón, el mismo que mantuvo el tipo penal del peculado intacto del Código Garciano.

En el siglo XX, bajo el mando del General Eloy Alfaro en 1906 se promulgó un nuevo Código Penal, en el cual el tipo penal se mantuvo sin ningún cambio, pero se acentúa aún más la idea del peculado bancario, ya que como sostiene Pérez Borja (1927), notable comentarista del Código Penal, citado por Donoso Castellón (2008, p. 138), “se habla del Banco de Fomento y de los comerciales, con lo cual debe entenderse que existe el peculado bancario, no sólo cuando se abusa de los fondos de la banca estatal, en lo que obviamente existe siempre peculado porque son fondos públicos, sino que, claramente se determina el cometimiento de peculado cuando un banquero privado abusa de los fondos captados del público, con el nombre genérico de “bancos comerciales...”

El Código Penal de 1938 manejó el peculado de una manera similar a la que la había mantenido a lo largo de todos los códigos penales precedentes, a pesar de las severas críticas recibidas por mantener una estructura antigua.

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

Por lo tanto, ante la reforma realizada el artículo referente al peculado en el Código Penal de 1938 permitió que se incluya el peculado bancario, ya que el nuevo texto rezaba lo siguiente:

Art. 236. Serán reprimidos con tres a seis años de reclusión menos los empleados públicos y toda persona encargada de un servicio público, que hubieren abusado de dineros públicos o privados de efectos que los representen, de piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder, en virtud o razón de su cargo; ya consista el abuso en desfalco, malversación de fondos, disposición arbitraria o cualquiera otra forma semejante.

También están comprendidos en esta disposición, los que, como empleados, manejen fondos de los Bancos Central, Hipotecario y Comerciales de las Cajas de Previsión Social.

Esta reforma permitió se deje de lado la idea por completo de que el peculado era un delito que solo lo podían cometer funcionarios o servidores públicos que tenían a su alcance los fondos del Estado y que abusaban de los mismos. Gracias a esta reforma se amplió el tipo penal a personas particulares que manejaban dinero distinto al del Estado, es decir, lo que se podría llamar con fines pedagógicos, dinero privado.

Lo más importante respecto al peculado bancario “aparece por primera vez en la Ley de 8 de octubre de 1941, promulgada en el Registro Oficial No. 348 de los mismos mes y año, que reforma al artículo 236 del Código Penal...”(Cueva Carrión, 2006, p.121).

Respecto al llamado dinero público y dinero privado, me apego a la teoría del Dr. Arturo Donoso Castellón, quien sostiene que el dinero, sea cual sea su procedencia, al ingresar al sistema financiero se torna público. Comparto esta tesis, ya que el sistema financiero logra funcionar gracias a la circulación de dinero, el mismo que se consigue manteniendo en movimiento todo lo que ingrese a las instituciones financieras, ya sean públicas o privadas, esto transforma cualquier ingreso en público.

En el año 1960 se mantuvo de manera similar el delito de peculado, pero en este caso constaba de tres distintos artículos, donde se especificaba que los culpables del delito de peculado quedarán incapacitados perpetuamente para el desempeño de todo empleo o cargo público, además de que ya se incluye a la Contraloría y Superintendencia de Bancos de una manera directa. El último inciso del artículo 234 del Código Penal de la época manda que:

La Superintendencia de Bancos informará a la Contraloría de la Nación la nómina de los empleados infractores, y ésta, a su vez, suministrará la información que los Bancos y Cajas de Previsión le pidan, así como la lista de los desfalcadores.

Si bien aquí no se especifica ningún requisito de procedibilidad respecto a los informes previos de responsabilidad penal por parte de la Contraloría General del Estado, o en su defecto de la Superintendencia de Bancos, el legislador ya incluye a estos organismos de control y ordena a que se reporte a los empleados infractores, esta asignación de roles permite vislumbrar los elementos constitutivos de lo que en la actualidad se constituye un requisito de procedibilidad.

En el año 1971, durante la dictadura de José María Velasco Ibarra, se elaboró otro Código Penal, en el cual se trata al peculado parcialmente igual que en el Código de 1960, pero se agrega un tercero y cuarto inciso al artículo 257 del Código Penal en los cuales se hace extensiva la responsabilidad de la siguiente manera:

Art. 257.- (...) Están comprendidos en esta disposición los servidores que manejen fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los bancos estatales y privados. Igualmente están comprendidos los servidores de la Contraloría General y de la Superintendencia de Bancos que hubieren intervenido en fiscalizaciones, auditorías o exámenes especiales anteriores, siempre que los informes emitidos implicaren complicidad o encubrimiento en el delito que se pesquisa.

También están comprendidos en las disposiciones de este artículo los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del sistema financiero nacional privado, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades, que hubiesen contribuido al cometimiento de estos ilícitos.

Por lo plasmado en el artículo citado se puede evidenciar claramente al sujeto activo, quien era un funcionario o servidor público, el cual tenía la autorización de manejar los fondos o bienes públicos, por el mismo cargo que desempeñaba en el sector público. El sujeto activo en este artículo lo extendió a su vez a aquellas personas que eran fiscalizadores de la Contraloría o personal de la Superintendencia de Bancos, es decir, a los funcionarios de los organismos de control encargados de denunciar este tipo de delitos. Esto lo afirma claramente Donoso Castellón (2008) el sujeto activo

es un funcionario público o cualquier persona encargada de un servicio público, que tenga aquellos dineros o efectos de los que abusa su cargo o en razón de su cargo (...) manteniéndose también como infractores a los fiscalizadores de la Contraloría y a los inspectores de la Superintendencia de Bancos (p.143)

Esto permite que se mantenga el peculado bancario, como ya se lo explicó anteriormente, el hecho de que se incluya a la banca privada da paso al mantenimiento de este tipo penal.

De la misma manera que en el artículo antes mencionado se dejó claramente señalado cual es el sujeto activo, también se puede distinguir el sujeto pasivo, quien en realidad es la entidad estatal de la cual han sido aprovechados los fondos o bienes para beneficio personal. Por consiguiente

el sujeto pasivo es una entidad del sector público a la que pertenecen dichos fondos, por una parte y, por otra, al sector bancario privado en lo que corresponda, ya que los fondos captados del público son fondos públicos por destinación. (Donoso Castellón, 2008, p.143)

El Código Penal de 1971 se mantuvo hasta que fue sustituido por el actual Código Orgánico Integral Penal.

En el año 1977 “el Consejo Supremo de Gobierno, dicta la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control que en el artículo 396 se reforma el Código Penal en lo que tiene que ver con el peculado...”(Donoso Castellón, 2008, p. 144). En esta reforma se une los tres anteriores artículos sobre peculado en uno sólo y se hace una importante aclaración del término “malversación”, es decir, Donoso Castellón (2008) afirma que “se puntualiza lo que se entiende por malversación punible, para que se distinga ésta de la malversaciones con efectos meramente administrativos y civiles más no penales...” (p. 145).

La malversación es la “aplicación o inversión de caudales públicos o ajenos en usos distintos a aquellos para los cuales están destinados” (Cabanellas de Torres, 2008, p. 234) por lo que la malversación no punible a la que se refiere el Dr. Arturo Donoso se puede dar en el caso de que en un ministerio ante una emergencia no prevista, como un terremoto, el ministro a cargo disponga de que los fondos previstos en el presupuesto para cierto fin, sean destinados a la contingencia necesaria en ese momento para atender un terremoto. En este caso existe inversión de caudales públicos en una manera distinta a la prevista, pero esto puede ser tratado mediante un proceso administrativo, ya que el elemento constitutivo del delito de malversación es el dolo, el mismo que no existe en este caso.

En otra reforma efectuada por el Consejo Supremo de Gobierno realizada en 1978 (R.O. 621, 04-07-1978), la malversación deja de ser objeto de sanción por lo que se suprimió del Código Penal.

Otra reforma de importancia al Código Penal fue la del Registro Oficial No. 190, de 13 de mayo de 1999,

que luego del tercer inciso del Art. 257, comprendió como sujetos activos de peculado a los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del sistema financiero nacional privado, y los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades. (Donoso Castellón, 2008, p. 145)

Esta reforma al Código Penal, realizada en 1999, va sentando las bases para el peculado bancario, aunque ya se lo mencionó con anterioridad en el Código Penal de 1971, en el cual las entidades financieras privadas y públicas aparecían como sujetos pasivos del ilícito, y los sujetos activos eran sólo funcionarios públicos o fiscalizadores se amplía la responsabilidad hacia los funcionarios y administradores de las entidades financieras privadas, lo cual da paso a que en caso de que se aprovechen de los fondos de entidades bancarias privadas se los pueda sancionar por el delito de peculado, el denominado peculado bancario.

Además con esta reforma se tipifica lo que se conoce como “peculado menor”, “se incorporan en total cuatro artículos innumerados al artículo 257, los que forman parte del peculado, pero el legislador los sanciona de forma diferente, aunque estos casos impliquen del mismo modo el abuso de dineros públicos y privados”(Araujo, 2010, p. 243).

El peculado menor es un derivado del peculado en general, cuya distinción se da ya que en 1999 aún existía diferencia entre prisión y reclusión<sup>3</sup>, por lo que el peculado menor era sancionado con prisión. Este tipo de peculado podía ser cometido por las autoridades de elección popular, y a pesar de que el bien jurídico protegido vulnerado era el mismo y la conducta típica antijurídica también, la sanción era de prisión<sup>4</sup>.

En la actualidad se encuentra vigente el Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP) publicado en el Suplemento del Registro Oficial 180, de fecha 10 de febrero de 2014. El delito de peculado está tipifica en el artículo 278. El verbo rector del tipo es “abusar”, al igual que, en los anteriores Códigos, que se referían a los bienes muebles e inmuebles, dineros privados y públicos, esto nos permite entender que se mantiene el

---

<sup>3</sup> La reclusión consistía en una pena de 4 a 8 años en un Centro de Rehabilitación Social, según el artículo 257 a) del Código Penal de 1971.

<sup>4</sup> La prisión consistía en una pena de 1 a 5 años en un Centro de Rehabilitación Social, según el artículo 257 b) del Código Penal de 1971.

peculado bancario. En este artículo consta como sujeto activo los funcionarios o servidores públicos, funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del sistema financiero nacional y los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración y vigilancia de estas entidades, pero no se menciona la banca privada ni funcionarios de la misma que puedan ser responsables.

## **1.2. Concepto de peculado**

### **1.2.1. Definición de peculado**

El término peculado se deriva del latín *peculatus*. “Peculatus descende del término latino neutro e indeclinable, “pecu”, que significa ganado. Con éste se formaron también las palabras latinas: “pecunia-ae”, que significa: dinero, moneda, riqueza; y, “peculium”: caudal, riqueza adquirida con la industria o con la economía” (Cueva Carrión, 2006, p. 53).

Para Carrera (2005) el *peculatus* “fue el delito de quien se apoderaba del ganado público, porque antiguamente era el ganado el que servía al Estado y a los particulares como medio de cambio y común medida de los valores”(p. 25).

Cabanellas de Torres (2008) lo define como “sustracción, apropiación o aplicación indebida de los fondos públicos por aquel a quien está confiada su custodia o administración.” (p. 286).

Carrara (1956) define al peculado como “la apropiación de cosas públicas cometida por una persona investida de algún cargo público, a la cual, precisamente en razón de éste le fueron entregadas, con la obligación de conservarlas y devolverlas, las cosas de que se apropia” (p. 11).

Para el tratadista Sebastián Soler, citado por Sigüenza Bravo (2010), “el 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”(p. 26).

De igual manera Zambrano Paquel (2014) sostiene que se entiende por peculado

el abuso de dineros públicos que efectúa un funcionario público a quien le han sido confiados o entregados para que les dé un empleo o uso determinado, y se apropia de los mismos. Es igualmente peculado el abuso en beneficio de un tercero (p. 247).

El peculado lo define García Falconí, citado por Sigüenza Bravo (2010) como un “delito instantáneo de resultado material consistente en la causación de una lesión patrimonial que no es preciso que sea definitivo. Se considera también como la apropiación ilegítima de fondos públicos que comete el funcionario encargado de su administración o custodia” (p. 29).

Luego de revisar varios conceptos de peculado según varios tratadistas y los antecedentes del mismo, podemos concluir que el peculado es un delito que se sancionaba desde la antigüedad, el mismo que consistía en la apropiación tanto de los dineros como los bienes públicos, por lo general por servidores públicos que tienen acceso a los mismos, pero también puede ser cometido por personas ajenas al servicio público, e incluso por particulares, como lo es en las instituciones financieras privadas.

### **1.2.2. Características del peculado**

Analizando lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador y en el Código Orgánico Integral Penal acerca del peculado se vislumbra una de las características propias del tipo penal peculado es su imprescriptibilidad, tanto de la pena como de la acción, según lo manda el artículo 233 de la Constitución de la República, en concordancia con los artículos 16 y 17 del Código Orgánico Integral Penal.

Esta característica se la impuso según Raza (2008) a raíz de la crisis financiera del año 1998, para así poder perseguir esta clase de delitos, que por lo general los sospechosos huyen a diferentes países, en donde se refugian con la esperanza de regresar cuando prescriba la acción o la pena (p. 76). Esta práctica está vedada desde el año 1998 en el artículo 121 de la Constitución Política de la República del Ecuador, en donde se establece la imprescriptibilidad del delito de peculado y de la pena de este.

Según el artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal, el peculado es un delito en el cual los sujetos activos pueden ser servidores públicos, como personas relacionadas con el sistema financiero nacional, las mismas que quedarían imposibilitadas de ejercer de por vida cualquier cargo público o actividad relacionada con el sistema financiero nacional, es decir bancos o cooperativas de ahorro y crédito.

El delito de peculado al ser cometido lesiona el bien jurídico protegido, en este caso, se atenta contra “la regularidad funcional, la corrección y buena marcha de las instituciones

públicas, y correlativamente la probidad y fidelidad de quienes prestan sus servicios a estas instituciones”(Albán Gómez, s.f., p. 126). Con este criterio coincide Sigüenza Bravo (2010) quien manifiesta que “el objeto jurídico protegido estaría dado por el probo desarrollo de la actividad patrimonial de la administración pública por parte de los funcionarios públicos que, en razón de su cargo, tienen el manejo de los bienes públicos” (pp. 25, 26).

El peculado o malversación de fondos públicos ha sido considerado por la moderna doctrina como un delito que, si bien afecta al patrimonio del Estado o de organismos descentralizados o de participación estatal, no constituye ésta la razón principal de su punición (...) Ello ha llevado a considerar que si bien el peculado se afectan los bienes del Estado o de la administración pública, lo que en realidad lo distingue de otros delitos, en que se causa daño económico, es fundamentalmente, el interés social en la fiel custodia y administración de los bienes confiados a las personas que desempeñan cargos del Estado u organismos privados de participación estatal. (Sigüenza Bravo, 2010, pp. 26, 27)

Si bien ambos autores coinciden en que el bien jurídico protegido que se vulnera con el cometimiento del delito de peculado es el buen funcionamiento de las instituciones del Estado y que dicho buen funcionamiento se vea reflejado en el correcto uso de los bienes del Estado, considero que el bien jurídico protegido va mucho más allá del daño que se puede causar al Estado, y es el orden social y su buen funcionamiento el que se encuentra en riesgo cuando se comete el delito de peculado. Si bien se afecta el buen funcionamiento del Estado, la consecuencia de dicho mal funcionamiento se ve reflejado en la economía de los ciudadanos, quienes con sus impuestos cubren los gastos del Estado, por ende se estaría atentando contra dichos recursos.

Según el COIP, la tipicidad del delito de peculado se centra en el verbo rector “abusar”, que para Albán Gómez (s.f.) “padece de cierta ambigüedad, pues su sentido propio es usar indebidamente una cosa, no darle el uso al que está destinada, conductas que siendo ilícitas no establecen con la necesaria precisión la naturaleza de la conducta incriminada ni su gravedad”(p. 127). Es por esta ambigüedad que en códigos anteriores los legisladores especificaron la palabra “abusar”, es decir le dieron un significado para poder entender a lo que dicho verbo rector se refería.

Como bien se ha podido apreciar, el hecho típico en el delito de peculado es cuando una persona abuse de los fondos de la institución en la que labora y en la que tiene acceso a los mismos, la parte subjetiva de este hecho típico, es decir “la exteriorización del proceso movido por las potencias psíquicas y la libertad del agente” (Universidad de Navarra,

s.f.), en el presente caso es el beneficio propio a un tercero que se va a conseguir con el cometimiento del delito de peculado.

El cometimiento del ilícito debió de haber beneficiado al sujeto activo, o en su defecto a un tercero, ya que “si no hay ese provecho no hay peculado, lo cual precisamente ocurre cuando el desvío se ha efectuado dentro de la misma institución y para entender finalidades propias de la misma”(Albán Gómez, s.f., p. 127).

El sujeto activo que abusa de los fondos o bienes públicos puede ser un servidor público o una persona que se encuentre encargada de brindar un servicio público, pero además también pueden ser los servidores de los bancos privados, dando paso al denominado peculado bancario.

El sujeto pasivo, según Yávar Núñez (2015), “estaría representado como en todos los delitos que se cometen contra la administración pública, el estado” (p. 116).

De acuerdo con los autores estudiados y la normativa legal, se determina que los sujetos activos podrían llegar a ser cualquier persona, dado que el tipo penal de peculado no sólo contempla a los funcionarios públicos, sino también a todas las personas que se encuentren laborando en el sistema financiero nacional, por lo que las personas que podrían incurrir en este delito pueden o no ser funcionarios públicos. Por otro lado, el sujeto pasivo directo sería el Estado, en caso de ser delito de peculado genérico, o en su defecto, al ser peculado bancario los sujetos pasivos serían las instituciones bancarias, pero ya sea peculado genérico o bancario, las instituciones que se ven perjudicadas por el cometimiento del ilícito son financiadas por fondos privados, ya sea de los contribuyentes o de los cuenta ahorristas de los bancos o cooperativas de ahorro y crédito.

Por otra parte Albán Gómez (s.f.) explica que:

el objeto material del delito está determinado por las palabras “dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles”; pero bajo condición de que estén en poder del servidores “en virtud o razón de su cargo (p. 127).

Esta aseveración la comparto y se complementa, dado que el objeto material del delito es el dinero que se encuentra en las instituciones víctimas de este abuso por parte de algún funcionario o servidor de la misma, pero como se ha dejado en claro, dichos dineros provienen de las personas particulares, de la sociedad en general, por lo que el objeto

material del delito de peculado es el dinero de las personas que han depositado su dinero en las instituciones afectadas.

### **1.2.3. Clases de peculado**

Del estudio de la Doctrina penal se evidencia que existen varios tipos de peculados. A continuación, se analizarán los siguientes tipos de peculados: por apropiación, por uso indebido, por extensión, por omisión, por aplicación oficial diferente, por error ajeno, culposo, propio e impropio. Esta clasificación es la que más aceptación tiene entre los estudiosos del Derecho, ya que cada uno propone su propia clasificación, la que puede distar de la presente, pero esta es la que ha sido consensuada por la mayoría de tratadistas.

#### **1.2.3.1. Peculado por apropiación**

El peculado por apropiación, Cueva Carrión (2006) lo define “su esencia típica radica en la sustracción o apropiación de cosas públicas, en provecho propio o ajeno, por aquel a quien está confiada su custodia” (p. 71).

El verbo rector en este tipo de peculado es “apropiarse” lo cual implica la disposición del dinero o bienes inmuebles por parte de una persona ajena al mismo. Este tercero dispone de los objetos apropiados como dueño de los mismos, sin ánimo de devolver lo tomado.

El tratadista Cancino Moreno (2011) explica que este tipo de peculado “equivale a comportarse respecto al bien *uti dominis*, es decir, ejerciendo sobre él actos de dominio incompatibles con el título que justifica la tenencia; con intención de no devolverlos”(p. 105). Es por esto por lo que al momento de acusar a una persona del cometimiento de peculado por apropiación se debe de probar que su intención al momento de abusar de las cosas públicas era no devolverlas, además de que debe de estar presente la intención de lucro en sus actos, esta intención debe de probarse así no se la haya consumado. En otras palabras

para que el resultado se produzca es imprescindible que se menoscabe, o se ponga en peligro, la recta funcionalidad de la administración pública, aún sin el enriquecimiento del delincuente, ya que, por un lado, basta la posibilidad de disponer, por parte del sindicato, de los bienes apropiados, sin que se exija el goce o disfrute, que puede no llegar a ocurrir, y por el otro, las normas sobre peculado tienen como finalidad la protección de la administración pública o asimilada a pública, es decir, del interés del Estado relativo a la organización, al regular funcionamiento y al decoro de los órganos públicos, y no se

descarta, desde luego, el que no se presente el daño patrimonial en particular. (Cancino Moreno, 2011, p 106)

El objeto material de este delito es bastante amplio, ya que el legislador se refiere a los bienes públicos o cosa pública, es decir se puede realizar el delito sobre los bienes muebles o inmuebles pertenecientes al Estado, pero la persona que se aproveche de ellos o abuse de los mismos para beneficiar a un tercero debe de ser una persona que le ha sido asignada su administración, es decir, debe de cometerlo en razón de sus funciones.

En este tipo penal el sujeto activo tiene que ser un funcionario público, investido de su cargo y funciones a quien se le ha recomendado la custodia o administración de la *res publica*, y que aprovechándose de dicha posición se apropia de la misma para enriquecerse él o a un tercero.

Esta clase de peculado se encuentra sancionada en la legislación ecuatoriana, en el artículo 278 del COIP, específicamente en la lista de verbos rectores que el Legislador considera que aplican a este delito se encuentra el verbo rector “apropiar” por lo que se entiende que la persona que haga suyo lo que no le pertenece, en este caso bienes muebles o inmuebles públicos o privados, en razón de su cargo incurrirá en el delito de peculado por apropiación, el mismo que es sancionado con pena privativa de diez a trece años.

### **1.2.3.2. Peculado por uso indebido**

Este tipo de peculado es uno de los más cometidos por los servidores públicos, y muchas de las veces no es sancionado porque se lo considera una conducta normal o se piensa que no existe perjuicio por parte de los infractores. El verbo rector en este tipo penal es “uso indebido” el cual nos indica que el sujeto activo, que en este caso es el servidor público, emplea los recursos o bienes públicos para beneficio propio, incluso está penado si el servidor público permite que un tercero use indebidamente los bienes o fondos del Estado. El sujeto activo, como lo hemos determinado, es el funcionario público que en razón de su cargo tiene a su disposición bienes que le han sido encargada su administración.

Consiste en que el servidor público, indebidamente, use o permita que otro use, bienes del Estado, o de instituciones o de empresas en que éste tenga parte, o de bienes de particulares, cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón de su cargo. (Cueva Carrión, 2006, p. 71)

La conducta que se lleva a cabo en este tipo penal

consiste en la utilización del bien sin derecho alguno que lo autorice a ello. Quien usa indebidamente se puede decir que se porta, en principio, como señor y dueño, pero tiene la intención, el propósito claro de devolver o reintegrar el bien indebidamente utilizado.(Cancino Moreno, 2011, p. 115)

Lo que hay que tener presente es el beneficio que se obtenga de la utilización de los bienes públicos, ya que el beneficio debe de ser para el sujeto activo o para un tercer que se busque beneficiar, porque en el caso de que al momento de que se use indebidamente los bienes públicos para beneficio de la propia administración, se incurriría en otro tipo de peculado.

Además de los bienes utilizados en beneficio propio Cueva Carrión (2006) manifiesta que también se consume este tipo de peculado cuando se utiliza la fuerza de trabajo pública para el beneficio propio. Esto se puede observar con frecuencia cuando los altos mandos militares o policiales utilizan a su personal para realizar trabajos en sus domicilios. Esto les evita que tengan que contratar a alguien para realizar el trabajo, ya que se encuentran al mando de determinado grupo de personas contratadas por el Estado, pero son empleadas para la realización de trabajos particulares.

Una de las características de este tipo penal es la de que el sujeto activo va a utilizar los bienes públicos para su beneficio o de un tercero y luego de eso devolverá los bienes públicos al Estado, es decir, aquí su esencia “radica en que en el uso existe el propósito de regresar o reintegrar el bien, es decir, de imprimirle una razonable temporalidad al comportamiento ilícito (...)”(Cancino Moreno, 2011, p. 115).

Es por esta razón, que en el Ecuador este tipo penal rara vez es sancionado, dado que, al iniciar la investigación por el cometimiento del ilícito, por lo general los bienes que han sido objeto de abuso han sido devueltos, por lo que es difícil de comprobar que hayan sido empleados de una manera indebida por quien tenía acceso a ellos. En caso de que la actuación por parte de las autoridades que investigan el delito intervenga antes de que el bien público haya sido devuelto se debe de probar que existía la intención de devolver el bien una vez obtenido el beneficio. En el caso de que se emplee a los trabajadores del Estado para beneficio propio se puede llegar a sancionar dicha acción, ya que en el inciso segundo del artículo 278 del COIP se determina que

Si los sujetos descritos en el primer inciso utilizan, en beneficio propio o de terceras personas, trabajadores remunerados por el Estado o por las entidades del sector público o bienes del sector público, cuando esto signifique lucro o incremento patrimonial, serán sancionados con pena privativa de libertad de cinco a siete años. (COIP, 2014, art. 278)

Por lo que en el caso de que dichas personas dispongan a sus subalternos de que realicen trabajos en provecho propio que represente un incremento patrimonial serán sancionados por el delito de peculado, algo difícil de probar en la práctica, ya que por lo general los trabajos que se ordenan realizar no incrementan el patrimonio de los infractores, pero si evitan que su patrimonio se vea afectado, como por ejemplo utilicen a los trabajadores del Estado para realizar una mudanza de casa, si bien dicha acción no incrementará el patrimonio del sujeto activo, evita que decrezca, lo cual se traduce en un beneficio para tal persona.

### **1.2.3.3. Peculado por extensión**

En el peculado por extensión se deja de un lado al servidor público y se prolonga la responsabilidad a un particular, quien va a utilizar o apropiarse de los bienes o fondos del Estado o cualquier compañía mixta en donde tenga un porcentaje mayoritario el Estado. Esto por lo general.

Este tipo penal tiene la particularidad de que el sujeto activo no es un servidor o funcionario público “sino un particular que se apropia, usa en forma indebida, retiene, invierte, aplica mal, utiliza en forma ilegal los bienes pertenecientes a empresas o instituciones en que el Estado tenga la mayor parte” (Cueva Carrión, 2006, p. 72)

Esta clase de peculado es punible en la República del Ecuador de acuerdo con lo dictado por el COIP, en donde luego de una serie de descripciones de las personas que en virtud de sus cargos pueden llegar a cometer este ilícito y por tanto son considerados los sujetos activos en el delito de peculado, el legislador en el sexto inciso del artículo 278 del COIP determina que también son culpables de peculado las personas que sin ser servidores públicos o que se encuentren laborando en instituciones del sistema financiero nacional, por el hecho de ser los beneficiados y que hayan intervenido en el cometimiento del ilícito o en el caso de que sean las personas que presten su nombre para el cometimiento del delito, es decir, el legislador extiende la responsabilidad más allá del cargo que desempeña la persona, siendo el cargo una de las características del delito de peculado.

#### **1.2.3.4. Peculado por omisión**

En el peculado por omisión el sujeto activo es la persona encargada de recibir los impuestos, contribuciones o tasas que se deben pagar al Estado por parte de los contribuyentes, y que no los reporte dentro del tiempo establecido por la ley. Esto también aplica a las personas jurídicas en donde según Cueva Carrión (2006) las personas responsables por el delito de peculado son las personas naturales, las mismas que están a cargo de la administración de las empresas y el cumplimiento de dichas obligaciones.

En este tipo de peculado, el sujeto activo que comete el delito simplemente deja de hacer lo que de acuerdo con su función se espera que realice. La persona que comete este tipo de delito ocupa un puesto o cargo público en donde como parte de sus funciones es la captación de dinero para la entidad en la cual labora. La captación de dinero la realiza esta persona, pero no la ingresa al sistema de la entidad donde trabaja y ese dinero no queda registrado como recibido. El encargado de receiptar el dinero puede devolverlo luego, pero aun así constituye peculado, ya que no lo entregó o registró como correspondía conforme a ley.

Esta clasificación de peculado si bien es aceptada por la doctrina, no se encuentra tipificada en la legislación ecuatoriana, este tipo penal consiste, como se ha manifestado anteriormente en dejar pasar, en no hacer nada para evitar el cometimiento del peculado, y en el COIP en su artículo 28 especifica lo que el Legislador considera que es la omisión dolosa, donde de manera clara se describe que consiste en que una persona no hace ningún esfuerzo para evitar que se cometa un ilícito, a pesar de encontrarse en la posición de garante. Esto por el momento nos permitiría pensar que la normativa penal ecuatoriana sanciona la omisión dolosa y que es compatible con el peculado por omisión, pero en el segundo inciso del mismo artículo 28 del COIP se especifica que

Se encuentra en posición de garante la persona que tiene una obligación legal o contractual de cuidado o custodia de la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico y ha provocado o incrementado precedentemente un riesgo que resulte determinante en la afectación de un bien jurídico. (COIP, 2014, art. 28)

Por lo que el Legislador ha establecido que, el garante es aquel que va a cuidar determinados bienes jurídicos protegidos de otra persona, y que dichos bienes jurídicos protegidos son: “la vida, salud, libertad e integridad personal del titular del bien jurídico” (COIP, 2014, art. 28) por lo tanto, el peculado al ser un ilícito en el cual se tiene como objeto del delito los bienes muebles o inmuebles y no se atenta contra ningún bien jurídico

protegido enumerado en el artículo 28 del COIP, no puede ser sancionado. Esto se da de igual forma por el principio *nulla poena sine lege*, como afirma Jauchen (2013) “la ley es el fundamento de la pena, la que debe estar determinada de antemano, de modo que el destinatario pueda prever la conducta que el legislador ha penalizado” (p. 427). Es por esto que al no encontrarse descrita la conducta de omisión en el tipo penal de peculado en el artículo 278 del COIP, y de igual manera se encuentra especificado que la omisión dolosa se da cuando el garante no evite predeterminadamente un daño en los bienes jurídicos como lo son la vida, la salud y la integridad de la persona que se encuentra a su cuidado y en ningún momento se menciona el patrimonio de dicha persona o de alguna institución pública o privada, no se puede sancionar esta clase de peculado acorde a la normativa penal ecuatoriana.

#### **1.2.3.5. Peculado por aplicación oficial diferente**

Este delito como su nombre mismo lo indica, se da cuando el sujeto activo, que es el servidor público, utiliza de una manera distinta a los bienes o recursos del Estado; es decir, los aplica de una manera distinta a la oficial. En este tipo penal se da una aplicación diferente a los bienes estatales, empresas o instituciones del Estado, a la que están destinados legalmente. Como lo sostiene Cueva Carrión (2006) esto aplica de igual manera al presupuesto fijado para determinada institución, en el cual el funcionario o servidor público lo invierta o utilice de manera distinta para lo que estaba previsto, o en otro caso comprometan sumas superiores a las fijadas en el presupuesto.

Diego Vicente Tejera, citado por Cancino Moreno (2011) manifiesta que el delito de peculado por aplicación oficial diferente

consiste en emplear algo de la propiedad del Estado o de las otras entidades públicas similares para un fin distinto del que estaba llamado a llenar; es una irregularidad administrativa con la cual no se lucra el agente activo, y que si bien algunas veces es perjudicial al bien social, otras veces le es muy provechosa. (p. 117)

Como se puede apreciar la visión de dicho tratadista es de interpretar el uso de los fondos públicos como una cuestión que se debe de solucionar en el ámbito administrativo, ya que el único beneficiado de dicho acto es la propia administración, es decir el Estado; no existe un beneficio personal del sujeto activo o beneficio a un tercero.

Contrario a esta postura se encuentra Luis Carlos Pérez, de igual manera citado por Cancino Moreno (2011), quien sostiene que

variar la destitución de los fondos, cuando el Congreso, las asambleas, los consejos municipales y las juntas directivas de los organismos públicos descentralizados han hecho previsiones distintas, con arreglo a sus atribuciones, implica un serio trastorno por indebida injerencia de una rama del poder en otra. (p. 117)

Este delito tiene relación con la malversación de fondos, en este caso se pueden presentar dos panoramas. El primero consiste en que el funcionario público utilizó los bienes o fondos estatales para una actividad diferente a la que estaban destinados para cubrir sus necesidades personales o beneficiar a terceros. Esto es penado por la ley, ya que es un delito. El segundo panorama es en el cual un ministro ante una emergencia que tiene que cubrir su ministerio, destina los fondos que estaban previstos para otras actividades, a cubrir la emergencia que se le ha presentado. Esta acción es una malversación no punible, ya que nunca se buscó el beneficio personal o de terceros, más bien se la realizó para servir a la comunidad que se encontraba en una emergencia.

Por lo tanto, como lo manifiesta Sierra Andrade (2015) en su trabajo de grado “La determinación legislativa de la pena del delito de peculado frente al principio de proporcionalidad penal”

No es bastante por si sola la infracción de los reglamentos administrativos respecto de la aplicación de los caudales públicos. Para poder equitativamente castigar con una pena, a quien sin intención de lucro ni ánimo siquiera de perjudicar al Estado, da a los fondos que tiene bajo su mano, la aplicación pública distinta de aquella para la cual estaban consignados. (p. 25).

Luego de analizar las situaciones y los puntos de vista de distintos autores, considero que este tipo penal puede lograr solución en instancias administrativas, ya que, al no existir perjuicio para el Estado, además de que es muy posible que se logre beneficios para el mismo Estado y la ciudadanía en general, no existiría un bien jurídico protegido que se lesione. Si bien los bienes que se emplearon para una actividad distinta a la originalmente planeada causan un trastorno en la administración del Estado, dichos bienes fueron empleado en beneficio o por necesidad del propio Estado y dicha actuación puede ser sancionada en una instancia administrativa más no penal. La sanción a este tipo penal la sostiene Arroyabe, citado por Cancino Moreno (2011) quien “afirma que era necesario reprimir el abuso muy extendido de los funcionarios encargados de los caudales u otros objetos de trasladar las partidas de los presupuestos burlando las leyes de destinación y cometiendo verdaderas arbitrariedades que desorganizan los servicios públicos”(p. 118).

Este tipo de peculado se asemeja al peculado por apropiación, pero a diferencia que, en el peculado por apropiación, el uso que se les daba a los recursos era un uso “no oficial” para beneficio propio, aquí se da un uso oficial y como se mencionó anteriormente puede incluso ser para el propio beneficio del Estado, pero de igual manera se desestabiliza los presupuestos creados y establecidos por lo que de igual forma afecta al correcto funcionamiento de las instituciones del Estado. Este tipo de accionar se ve sancionado en el artículo 178 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas en donde se menciona que “... los funcionarios responsables que hubieren contraído compromisos, celebrado contratos o autorizado o contraído obligaciones sin que conste la respectiva certificación presupuestaria serán destituidos del puesto y serán responsables personal y pecuniariamente.” (COPFP, 2010, art. 178)

#### **1.2.3.6. Peculado por error ajeno**

Según Cueva Carrión (2006) este tipo penal “consiste en la apropiación o en la retención, por parte del empleado público, en provecho suyo o de terceros, de bienes o cantidades de dinero que, por error ajeno hubiere recibido” (p. 72).

En este tipo de delito “el funcionario no tiene la previa posesión de la cosa sino que se aprovecha del error ajeno para apropiarse de dinero u otra utilidad que recibe indebidamente en virtud del cargo que desempeña”(Brunoni, 2009, p. 273).

Este tipo penal se pudiera evitar, si el funcionario, al recibir algún bien o dinero que no corresponde que se le entregue devolviera dicho valor, o lo pusiera en conocimiento de las autoridades pertinentes, en este caso se podría decir que la mala fe se demuestra de una manera más fuerte, ya que no tenía planeado tener ese bien o dinero en su poder, pero ante su llegada accidental, dispone del mismo en beneficio propio o de terceros. Con esto concuerda Brunoni (2009) en su tesis doctoral “Malversación y peculado análisis comparativo entre las legislaciones española y brasileña” en donde manifiesta que “el dolo, pues, en esta modalidad, determina el exacto momento de la apropiación, la cual puede manifestarse posteriormente” (p. 275).

Este tipo penal se encuentra de igual manera sancionado en el COIP, en su primer inciso en donde se determina que quien se apropie en virtud de su cargo de bienes o fondos públicos o privados incurre en el delito de peculado, ya que si bien no tiene en un principio

el sujeto activo la intención de cometer el delito, por un error ajeno, una cierta cantidad de dinero o algunos bienes pueden terminar en su poder, ante lo que debería devolverlos, pero en caso de no hacerlo y aprovechándose de dicho error se apropia de los mismos y obtiene un beneficio personal, su accionar recae en la figura de peculado por error ajeno que es sancionado en el primer inciso del artículo 278 del COIP.

### **1.2.3.7. Peculado culposo**

En este tipo penal no existe dolo, pero existe negligencia o imprudencia por parte del servidor público, quien está encargado de los bienes del Estado o de empresas que tenga participación el mismo, o particulares, que en razón de sus funciones permitió que los bienes se dañen o pierdan.

Cancino Moreno (1994) manifiesta que “el peculado culposo, es dejar por parte del servidor público, que por su culpa o por una conducta descuidada o negligente, se pierdan o dañen bienes del Estado o de particulares que se hayan confiado por razón de su cargo” (p. 79).

Para interpretar lo manifestado por Cancino Moreno hay que entender que

hay daño cuando el bien sufre la destrucción, la inutilización, el deterioro o menoscabo que le quite o le disminuya su valor de cambio o de uso, siempre y cuando ese resultado sea el producto de actividad culposa de parte del servidor público que se encuentre encargado de administrarlo o custodiarlo. (Cancino Moreno, 2011, pp. 121, 122)

En otras palabras, este peculado se lleva a cabo cuando la persona, en este caso servidor público, que se encuentra a cargo de la administración y cuidado de los bienes públicos por descuido o negligencia deja que dichos bienes sufran daños o se pierdan, provocando un perjuicio al Estado. Según la Corte Colombiana en providencia de fecha 12 de junio de 1980 sostiene que “el peculado culposo ocurre, no solamente cuando los caudales o efectos se pierden, sino también cuando se extravían, luego, si esto último ocurre, el delito se consuma, así las cosas extraviadas lleguen a ser más tarde recuperadas”(Cancino Moreno, 2011, p. 121).

En esta clase de peculado se aplicaría de igual manera el principio de *nulla poena sine lege*, ya que de acuerdo con lo determinado en el artículo 27 del COIP “actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada

como infracción en este código” (COIP, 2014, art. 27). Por lo que el legislador al no incluir en el artículo 278 del COIP la posibilidad de que los responsables del cometimiento de peculado sean quienes han infringido el deber objetivo de cuidado que les correspondería según su cargo, no puede ser sancionada la persona que por su negligencia ha permitido que los bienes que tiene a su cargo se extravíen, pierdan o dañen sea sancionada por el delito de peculado. De igual manera, coincide con esta tesis Zambrano Paquel (2014), quien explica que “en el Ecuador no está aún previsto como delito el peculado culposo” ya que “éste es el que es cometido por imprudencia, descuido o negligencia sino que el agente debe obrar a sabiendas o con plena conciencia y voluntad” (p. 253).

#### **1.2.3.8. Peculado propio**

El peculado propio según lo define Carrara citado por Carrera (2005, p. 56) es la apropiación de cosa pública cometida por una persona investida de un oficio público, a la cual precisamente en razón de él le ha sido entregada la cosa apropiada con la obligación de conservarla y restituirla.

Para Cueva Carrión (2006) el peculado propio

Es aquel en que la autoridad, el servidor o el funcionario público, con ánimo de lucro, sustrae o consiente que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que están a su cargo por razón de sus funciones (...) y, también, si con ánimo de lucro, propio o ajeno, y con grave perjuicio para la causa pública, da una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración o Entidad Estatal, Autonómica o Local o a sus Organismos dependientes. (p. 73)

Por lo tanto, el peculado propio es un delito que tiene como sujeto activo al funcionario o servidor público, que teniendo a su cargo bienes o fondos públicos, se apropie de ellos para beneficio personal o de terceros. Así lo corrobora García Heredia (2016) en su trabajo de grado cuando menciona que:

El peculado propio es una figura delictiva, que tiene como elementos típicos que el sujeto activo sea un funcionario público, entendiéndose como tal aquel que realiza la función pública, se trata de un delito especial propio, no todo funcionario público será autor de este delito, el tipo penal exige que la administración, percepción o custodia de los bienes públicos deben haber sido confiados al funcionario público en base al cargo que ocupa, requiriéndose la existencia de una relación funcional específica. (p. 15)

Esta figura de peculado es la más común, por lo que el tipo penal de peculado contenido en el COIP se refiere a esta forma en su primer inciso, lo cual hace que la persona que

cometa el peculado propio será sancionada con una pena privativa de diez a trece años, de acuerdo con el artículo 278 del COIP.

### **1.2.3.9. Peculado impropio**

El peculado impropio para Carmigniani (1863) citado por Carrera (2005, p. 56), consiste en el hurto de objetos o dineros públicos o de la administración pública, cometido por personas que no le tenía en consignación, pero que conocía de su cualidad o pertenencia.

Este delito tiene como sujeto activo a una persona distinta al funcionario público, una persona que no tiene calidad de funcionario público, pero se apropia y usa indebidamente o malversa bienes públicos o de empresas en donde el Estado tenga una participación mayoritaria.

Para Zavala Baquerizo (1981), citado por Cueva Carrión (2006, pp. 73, 74) el delito de peculado impropio tiene desde el punto de vista subjetivo a aquel que tiene como agente a otras personas distintas a los servidores públicos (...) y es impropio desde el punto de vista objetivo cuando comprende a bienes que no son realmente de la Administración, pero que deben ser especialmente amparados por referirse a una gran mayoría de la comunidad.

Esta clase de peculado tiene similitud con el peculado por extensión, ya que la persona que comete el ilícito no es el funcionario que tiene a su cargo los caudales públicos o los bienes que va a emplear para beneficio propio, en este tipo de peculado el sujeto activo no tiene un cargo que le permita tener acceso a los bienes y/o caudales, pero conoce de su existencia y los desvía para beneficio propio o de un tercero. En el sexto inciso del artículo 278 del COIP se detalla que las personas que incluso no tengan las características detalladas en incisos anteriores, es decir algún cargo en el cual puedan aprovecharse de los bienes o fondos que tengan a su alcance, de igual manera serán sancionadas si incurrir en el delito de peculado.

### **1.2.3.10. Diferencias entre los distintos tipos de peculado**

En lo que respecta al peculado por apropiación y al peculado por uso indebido existe una diferencia fundamental en el verbo rector de cada tipo penal. En el peculado por

apropiación tiene como verbo rector “apropiarse” lo cual indica que el servidor público hace suyo lo que no le pertenece para obtener un beneficio. En cambio, en el peculado por uso indebido el verbo rector del ilícito es “usar indebidamente” lo cual no significa que el funcionario público vaya a quedarse con los bienes o fondos públicos, pero sí que los va a emplear de una manera totalmente distinta para lo que fueron destinados en un principio. Ambos tipos penales se encuentran contemplados en el COIP, ya que se determinan sanciones para las personas que se “apropien” y para quienes “dispongan arbitrariamente” de fondos públicos o privados. Esto se traduce en peculado por apropiación y por uso indebido.

En lo que respecta a la diferencia entre peculado por uso indebido y el peculado por aplicación oficial diferente, a simple vista son iguales, pero el verbo rector en el primer tipo de peculado es “uso indebido” lo cual deja abierta la posibilidad de que los bienes o fondos públicos o privados sean utilizados a la conveniencia del infractor. En cambio, en el peculado por aplicación oficial diferente, el infractor tiene en su poder los fondos públicos o los bienes estatales, que por mandato legal están destinados a un fin específico, pero el funcionario decide destinarlos a otro fin o emplear cantidades superiores a las del presupuesto legalmente establecido.

El peculado por extensión es diferente al peculado por error ajeno en lo siguiente. En el peculado por extensión el sujeto activo no es un funcionario público sino un particular, en cambio el peculado por error ajeno tiene como sujeto activo al funcionario público. En el primer tipo de peculado la persona que comete el ilícito se aprovecha de los bienes o fondos públicos, dicho acto lo comete con dolo. En el caso de peculado por error ajeno el funcionario, quien es el sujeto activo, no está en posesión de los fondos o bienes públicos, pero por un error de un tercero le llegan a sus manos y en el momento que no los devuelve existe el dolo y se constituye el delito de peculado. El peculado por extensión se encuentra tipificado en el COIP, ya que es parte del tipo penal del peculado bancario. De igual manera el peculado por error ajeno se lo puede encontrar en el artículo 278 del COIP cuando se manifiesta que se sancionará a quien “hubiese ejecutado dolosamente operaciones que disminuyan el activo o incrementen el pasivo de la entidad”

La diferencia fundamental entre el peculado propio e impropio es el sujeto activo, quien en el caso del peculado impropio es una persona ajena a la administración pública, además de que no necesariamente son bienes del Estado los malversados, sino que pueden ser de

bancos privados, pero al referirse a una gran parte de la sociedad encaja dentro del peculado. Ambos tipos de peculado son contemplados en la actual legislación penal en el artículo 278 del COIP.

El peculado por omisión tiene como sujeto activo es una persona encargada de recibir los ingresos para el sector público, dicha actividad la realiza con dolo, con la intención de apropiarse de dichos ingresos. En el peculado culposo el dolo es inexistente, pero existe negligencia. Por ende, la principal diferencia entre estos tipos de peculado es la existencia o no de dolo.

## CAPÍTULO II

### 2. Los requisitos de procedibilidad

#### 2.1. Definición de requisitos de procedibilidad

Los requisitos de procedibilidad “son las condiciones legales que deben cumplirse para iniciar una averiguación previa y en su caso ejercitar la acción penal contra el responsable de la conducta típica” (Mercado Cruz, s.f., parr. 140)

Los requisitos de procedibilidad “vienen a establecer un "filtro" o selección de la actuación de la Administración de Justicia, al condicionar el inicio de un proceso por el hecho cometido” (“El sistema español: los delitos,” s.f., parr. 1).

Los requisitos de procedibilidad afectan únicamente a la parte procesal del caso, no afectan o interfieren en la culpabilidad del procesado, tal como lo menciona Mendes de Carvalho (2005) los requisitos de procedibilidad “condicionan únicamente el inicio del procedimiento (...)”(p. 3).

De esta afirmación se colige que si se realiza una abstracción y se analiza el elemento previo y necesario para iniciar una acción penal, en este caso por el delito de peculado, y dicho elemento no tiene incidencia para imponer o no la pena por el cometimiento del ilícito, estaríamos frente a un presupuesto de procedibilidad, tal como lo menciona Schmidhäuser citado por Mendes de Carvalho (2005), los requisitos de procedibilidad “son elementos que se hallan al margen de ese acontecer fáctico y condicionan únicamente la persecución penal de datos relacionados exclusivamente con la esfera procesal y basados en una modificación posterior de las circunstancias”(p. 9).

Por lo tanto, queda en claro que la figura del requisito de procedibilidad no afecta al delito en sí, sino sólo afecta la persecución del mismo, ya que es indispensable para el inicio del proceso que dará lugar al juzgamiento del supuesto delito cometido. Sin importar si la persona procesada al final del juicio sea declarada culpable o inocente, si no se cuenta con dicho requisito de procedibilidad le es imposible a Fiscalía iniciar el proceso de investigación, por lo que nunca se llega a debatir sobre el fondo del asunto que Fiscalía desea llevar a una investigación que en un futuro podría derivar en un juicio. Tal como lo sostiene Mendes de Carvalho (2005), la condición de procedibilidad

incide exclusivamente sobre la admisibilidad procesal del hecho. El incumplimiento de dicha exigencia no afecta la punibilidad del delito: solo la persecución penal del delito (...) de modo que el no establecimiento de este requisito determina la imposibilidad de dictar una sentencia de fondo susceptible de ser afectada por la cosa juzgada material. (p.13)

De lo anotado, se concluye que los requisitos de procedibilidad constituyen un paso previo, que su cumplimiento es requerido para iniciar una acción penal por el cometimiento de determinados delitos, estas condiciones

son ajenas tanto a la noción de figura de delito como al concepto de tipo de lo injusto. (...). No integran la esfera de las circunstancias de las que depende la aplicación de la pena y, consecuentemente, tampoco pertenecen al ámbito de los elementos que fundamentan la imposición de la pena. (Mendes de Carvalho, 2005, pp. 25, 26)

Si bien hemos establecido que el requisito de procedibilidad es indispensable para poder perseguir el ilícito penal y en consecuencia iniciar una investigación al respecto, el tratadista ecuatoriano Albán Gómez (s.f.) aclara que el presupuesto de procedibilidad “no se trataría, en rigor, de un factor indispensable para iniciar la indagación preprocesal y aun así la instrucción, pero sí para asegurar sus resultados”(p. 132).

Cuando el autor afirma “asegurar los resultados”, se entiende que, en el sistema procesal ecuatoriano, los jueces deberían declarar la nulidad de todo lo actuado por Fiscalía si advierten que se ha iniciado el proceso penal sin cumplir con los presupuestos establecidos mediante el COIP, desconociendo al mismo tiempo las atribuciones de la Contraloría General del Estado establecidas en la Constitución de la República.

En el caso ecuatoriano estos requisitos de procedibilidad se encuentran determinados en el Código Orgánico Integral Penal y se complementan con las resoluciones dictadas por la Corte Nacional de Justicia.

### **2.1.1. Requisitos de procedibilidad en la normativa ecuatoriana**

En la normativa ecuatoriana para perseguir ciertos delitos se requiere del cumplimiento de determinados requisitos de procedibilidad, los cuales están estipulados en el COIP, y en las diferentes Resoluciones dictadas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia. En lo que respecta al peculado, la Corte Nacional de Justicia ha emitido algunas resoluciones, las cuales condicionan la aplicación de los requisitos de procedibilidad. Así tenemos, en el delito de peculado bancario o el cometido por las cooperativas de ahorro y crédito. Según Albán Gómez (s.f.) “esta interpretación surgió del texto constitucional, que asigna

a la Contraloría la función de determinar indicios de responsabilidad penal en las materias sujetas a su control”(p. 132).

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 212 establece las funciones de la Contraloría General del Estado, las relacionadas con el delito de peculado son:

1. Dirigir el sistema de control administrativo que se compone de auditoría interna, auditoría externa y del control interno de las entidades del sector público y de las entidades privadas que dispongan de recursos públicos.
2. Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos sujetos a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado.

Al tener estas facultades, la Contraloría General del Estado establece el mecanismo por el cual cumplirá con dichas atribuciones en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado en sus artículos 65, 66 y 67.

En concordancia con estos artículos, antes de la vigencia del COIP, de igual manera existían requisitos de procedibilidad para el delito de peculado, por lo que el doctor Eduardo Muñoz Vega, Contralor General del Estado Encargado insiste en la consulta hacia la Corte Nacional de Justicia, realizada anteriormente por el Dr. Carlos Pólit Faggioni sobre

si es requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, la declaratoria de la Contraloría General del Estado en cuanto a la existencia de indicios de responsabilidad penal por faltante en los fondos públicos, contra los funcionarios a cargo de éstos (Oficio No. 24237 Contraloría General del Estado, 2009).

Ante esto la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución de 24 de febrero de 2010 (R. O. 154, 19-03-2010), resuelve que:

Para el ejercicio de la acción penal pública, esto es, para el inicio de la instrucción fiscal, por los hechos a los que se refiere el artículo 257 del Código Penal, los artículos enumerados agregados a continuación de éste, (...) se requiere el informe previo de la Contraloría General del Estado, en el que se determine indicios de responsabilidad. (R.O. 154, 19 mar 2010)

Esta resolución de la Corte Nacional de Justicia señala que para poder perseguir el delito de peculado se requiere el informe previo con indicios de responsabilidad por parte de Contraloría General del Estado, en todos los casos enumerados en el artículo 257 del Código Penal vigente en esa época, en la cual ya se incluía el peculado bancario, ya que en dicho artículo se sanciona tanto a las personas que abusen de fondos públicos como de los privados, ordenando que la Contraloría General del Estado emita informes con indicios de responsabilidad tanto para las instituciones públicas como privadas, lo que se

escapa de sus atribuciones, ya que no todas las instituciones privadas pueden administrar lo que entienden los legisladores por bienes públicos. Esta Resolución declara que para el inicio de la indagación previa no se requiere de informe previo de Contraloría, sin embargo, esta es una etapa pre procesal, que no da origen a la persecución del delito de peculado.

Para solventar la confusión generada por lo dispuesto en la Resolución dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia el 24 de febrero de 2010, dado que esta Resolución dio paso a que Fiscalía solicite para todos los casos de peculado informe previo por parte de la Contraloría General del Estado, incluso para los casos de las instituciones del sistema financiero, atribución exclusiva de la Superintendencia de Bancos y Seguros, la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución de 10 de noviembre de 2010 (R.O. 336, 8-12-2010), resolvió que

Para el ejercicio de las facultades que según la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero le compete a la Superintendencia de Bancos y Seguros, la Fiscalía General del Estado, para el inicio de la acción penal por los delitos financieros, no requerirá ningún informe adicional, sin perjuicio de ejercer las demás atribuciones que le confiere la ley, cuando conozca, de cualquier manera, de la perpetración de alguna infracción de esta naturaleza. (R.O. 336, 8 dic 2010)

Esta Resolución, cuyo objetivo era aclarar las dudas por parte de Fiscalía y en mucho de los casos de los jueces que conocía dichos casos, dejó de igual manera la puerta abierta para la interpretación, ya que menciona que “no requerirá ningún informe adicional” lo que puede entenderse que debía de existir un primer informe para que luego no exista uno adicional.

En el año 2014 con la entrada en vigor del Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 581 especifica que:

para el ejercicio de la acción penal, por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, constituye un presupuesto de procedibilidad que exista un informe previo sobre indicios de la responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado, cuando el objeto de la infracción sea recursos públicos.

Este artículo claramente expresa que la responsabilidad de una persona que vaya a ser acusada del cometimiento de peculado va a ser plasmada en el informe con indicios de responsabilidad de la Contraloría General del Estado. Además, el artículo 39 de la Contraloría General del Estado faculta a las personas encargadas de realizar las auditorías a determinar responsabilidades, por lo cual deben de indicar en qué consiste la irregularidad encontrada y quién la cometió.

La contraloría tiene que puntualizar en sus informes que la conducta del PECULADOR haya adquirido o abusado dolosamente los bienes del Estado en beneficio propio o de terceros, es decir señalar indicios directos y suficientes de cómo se sustrajeron los bienes del Estado, e informar al fiscal para que éste, que es el único que tiene el ejercicio de la acción abrir investigación contra los determinados por la Contraloría, y solicitar al juez fecha y hora para procesarlos. (Yávar Núñez, 2015, pp. 117, 118)

Si analizamos lo que se considera como recursos públicos a la luz de la tesis del Dr. Arturo Donoso Castellón, el dinero que ingresa en el sistema financiero nacional, ya sea mediante un banco público o privado, una cooperativa de ahorro y crédito o mediante alguna institución del Estado, se convierte en dinero público, dado que circula y no permanece estáticos. Por lo que se deja abierto a la interpretación de lo que en realidad son los fondos públicos y que en caso de tratarse de un peculado bancario de igual manera se requeriría como requisito de procedibilidad el informe de la autoridad de control.

En la Resolución 08-2015 (R.O. 539, 9-07-2015) la Corte Nacional de Justicia considera que, para iniciar una acción penal por el delito de peculado o enriquecimiento ilícito, desde la fecha de publicación de la Resolución, no se requerirá el cumplimiento de ningún requisito de procedibilidad, es decir el informe previo con indicios de responsabilidad penal, por parte de los organismos de control. El único informe previo con indicios de responsabilidad que se necesitará para iniciar una acción penal por el delito de peculado será por el peculado cometido por funcionarios públicos, por lo que la Contraloría General del Estado está obligada a realizar dichos informes en caso de encontrar irregularidades. La Resolución 08-2015 (R.O. 539, 9-07-2015) de la Corte Nacional de Justicia sostiene que:

en los delitos contra el sistema financiero, que de conformidad con el Código Orgánico Monetario y Financiero y la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, están relacionados con el control exclusivo de la Superintendencia de Bancos y de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, para el ejercicio de la acción penal, la Fiscalía General del Estado no requerirá de ningún informe previo o adicional de aquellos organismos de control de aquellos organismos de control como presupuesto de procedibilidad.

Esta resolución establece claramente que para los delitos de peculado de lo que se denominaría “dinero privado” no se requiere ningún requisito de procedibilidad, pero el tipo penal es prácticamente el mismo, además de que el Legislador no define con precisión lo que se entiende por dinero público.

Como lo expresa Rivarola (1890) citado por Carrera (2005, p. 109) en su libro “Peculado de bienes y servicios públicos” “al examinarse supuestos de dinero privado depositado en

la administración se concluía que “si se trata de un depósito por el cual el erario fuese responsable, la defraudación no sería a los intereses particulares, sino a los intereses públicos (...) sin influencia que derivara del origen del depósito”

Para iniciar un proceso penal por el delito de peculado, en caso de ser genérico, es indispensable el requisito de procedibilidad, el mismo que es el informe de responsabilidad penal de la Contraloría General del Estado. Sin este informe no se puede entablar una acción penal en contra de los presuntos responsables por el cometimiento del delito.

En el caso del peculado en bancos o cooperativas de ahorro y crédito, mediante Resolución 08-2015 (R.O. 539, 9-07-2015) de la Corte Nacional de Justicia, se las exonera de dicho requisito de procedibilidad, esto quiere decir que se puede iniciar una acción penal en contra de los presuntos responsables sin el informe previo de responsabilidad del organismo de control correspondiente. Esto es materia de un debate, ya que dicha exoneración del requisito de procedibilidad se debe a que se cree que los bancos y cooperativas de ahorro y crédito manejan dinero privado, pero como he mencionado en líneas anteriores, el dinero ingresado se transforma en público, sin importar su origen. Esto se debatirá a mayor profundidad en los capítulos que preceden a este trabajo de investigación.

## **2.2.Los requisitos de procedibilidad en el peculado**

### **2.2.1. Análisis de las Resoluciones de la Corte Nacional de Justicia respecto al peculado**

Previamente a analizar las Resoluciones dictadas por la Corte Nacional de Justicia, se debe de partir del año 2002, se debe de considerar que a esa fecha estaba vigente el Código Penal (R.O.S. 147, 22-01-1971), además de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (R.O.S. 595, 12-06-2002) y la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control (R.O. 337, 16-05-1977).

El Código Penal de 1971 contemplaba la figura de peculado en su artículo 257, pero en el año 1977 se promulgó la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control (R.O.

337, 16-05-1977). En dicha Ley Orgánica en el Título XI que es de las Derogatorias y Reformas, en su artículo 396 sustituye los artículos 257, 258 y 259 del Código Penal vigente en esa época, en el artículo 257 del Código Penal se tipificaba el delito de peculado. El principal cambio que provocaba la reforma de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control fue en las penas para el cometimiento del delito de peculado, las redujo. La reducción de las penas producidas por el artículo 396 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control no estuvo vigente por mucho tiempo, ya que mediante el artículo 16 del Decreto Supremo No. 2636 (R.O. 621, 04-07-1978) se reforma el artículo 257, en cuanto al tiempo de las penas.

En el año 1983 en el Código de Procedimiento Penal (R.O. 511, 10-06-1983) se refiere a la orden superior de origen administrativo, la cual se empleaba para dar paso al auto cabeza de proceso, que era el inicio del proceso penal. En el artículo 52 el Código de Procedimiento Penal especificaba que:

La orden superior de origen administrativo servirá de antecedente para el levantamiento del auto cabeza de proceso, únicamente en los siguientes casos:

1. En los expresamente determinados por la Ley; y,
2. Cuando el Jefe de una Unidad Administrativa del Sector Público solicite que se inicie auto cabeza de proceso contra el funcionario o empleado de su dependencia, siempre que el delito esté en relación directa con las funciones propias que le corresponde desempeñar en la unidad administrativa a la que pertenece. (Código de Procedimiento Penal, 1983, art. 52)

Si bien no trata específicamente el delito de peculado, describe delitos cometidos por un servidor público en relación con sus funciones, lo que abarca el peculado, delito por el cual un servidor público debido a sus funciones abusa de los fondos públicos. Esta normativa da indicio de los requisitos de procedibilidad en el caso de peculado, se debe de informar previamente de las sospechas del cometimiento del ilícito para que se inicie la investigación, es decir existe un paso previo que debe de darlo la autoridad de control correspondiente para que Fiscalía investigue.

De las leyes vigentes a esa época se colige el origen de los requisitos de procedibilidad, se exigía que, para determinados delitos, se cumpla con una parte administrativa que daría paso a la investigación penal. Esto debido a las funciones que el Legislador de la época otorgó a los distintos órganos de control del Estado. El Legislador al haber investido de funciones de supervisión a la Contraloría General del Estado le encargaba velar por el buen aprovechamiento de los recursos públicos otorgados a las demás instituciones del

Estado, es por ello que, al tener ese control directo, podrían notar cuando se esté cometiendo algún ilícito con los fondos públicos. Los órganos de control han sido dotados de la facultad de iniciar acciones civiles y administrativas en caso de que se encuentren frente a una infracción dentro de lo que comprende su supervigilancia, pero en el sistema jurídico ecuatoriano el titular de la acción penal es la Fiscalía General del Estado, por ende, la única facultada para investigar delitos.

Los requisitos de procedibilidad para el delito de peculado, fueron determinados en la Ley para que, al ser un delito que se comete en una institución que desde un inicio ya se encuentra bajo vigilancia del ente de control, el mismo que es especializado en las auditorías que debe realizar para poder determinar si hay o no mal uso de los bienes públicos, sea el ente de control el que dé la alerta a la Fiscalía General del Estado para que inicien la Instrucción Fiscal convencido el fiscal de que existen suficientes elementos de convicción; pero no simplemente consiste en alertar, el ente de control de manera motivada explicará a la Fiscalía las razones por las cuales considera que existe responsabilidad penal.

Los delitos contra la administración pública se diferencian del resto de delitos, en que son cometidos dentro de instituciones públicas, y no todas las personas van a tener conocimiento del cometimiento del mismo, incluso dentro de la misma institución que se está cometiendo el ilícito, por lo que la denuncia de los mismos no la va a realizar cualquier persona, es por esto que existe el órgano de control de las instituciones públicas y de las instituciones financieras, para que sean estas, las que con fundamentos denuncien los presuntos delitos, por esta razón el legislador ha creído necesario la inclusión de requisitos de procedibilidad para la persecución de estos quebrantamientos de la ley. Además, en caso de que la denuncia de irregularidades al interior de la institución se dé por parte de algún miembro del directorio o miembro de la institución, su denuncia no va a contener todos los elementos que un informe de auditoría contendría, por lo que se dificultaría a Fiscalía investigar el posible cometimiento del delito, además de que se estaría yendo en contra de las normas que establecen las funciones de los órganos de control. En otras palabras, la institución especializada y la que por sus funciones y labor debe de descubrir el cometimiento de delitos en las instituciones que se encuentran bajo su control tiene la pericia necesaria para hacerlo y de igual manera su informe es de vital importancia para iniciar una investigación con bases sólidas y que pueda devenir en un juicio para determinar responsabilidades penales.

La Superintendencia de Bancos y Seguros se encontraba regulada desde el año 2001 mediante la Ley Orgánica de Instituciones del Sistema Financiero que en su artículo 2 especifica las instituciones que controlará y vigilará la Superintendencia de Bancos y Seguros, en el primer inciso determina que

Para los propósitos de esta ley, son instituciones financieras privadas los bancos, las sociedades financieras o corporaciones de inversión y desarrollo, las asociaciones mutualistas de ahorro y crédito para la vivienda y las cooperativas de ahorro y crédito que realizan intermediación financiera con el público. Los bancos y las sociedades financieras o corporaciones de inversión y desarrollo se caracterizan principalmente por ser intermediarios en el mercado financiero, en el cual actúan de manera habitual, captando recursos del público para obtener fondos a través de depósitos o cualquier otra forma de captación, con el objeto de utilizar los recursos así obtenidos, total o parcialmente, en operaciones de crédito e inversión. (Ley General de Instituciones Financieras, 2001, art. 2)

En ese inciso incluye a las cooperativas de ahorro y crédito, ya que al no existir otra institución de control de dichas entidades asumía la Superintendencia de Bancos y Seguros el control y fiscalización de las mismas.

En la misma Ley General de Instituciones Financieras determina el requisito de procedibilidad para los casos de peculado, en el artículo 93 se ordena que:

Cuando el Superintendente tenga conocimiento de indicios de la perpetración de un delito relacionado con las actividades de las instituciones del sistema financiero, estará obligado a llevarlos a conocimiento del Fiscal General del Estado, a fin de que proceda a ejercer inmediatamente las acciones legales correspondientes, en un término de cinco días. Para la investigación que corresponda efectuar, al representante del Ministerio Público no rige el sigilo y el carácter de reservado, pero éste quedará sometido a los mismos hasta tanto utilice la información obtenida en el juicio correspondiente. (Ley General de Instituciones Financieras, 2001, art. 93)

Este artículo si bien no especifica que se debe de realizar un informe previo, explica que al conocer el cometimiento de un ilícito en una entidad financiera, que esté incluida en el artículo 2 de Ley General de Instituciones Financieras, se debe de informar al Ministerio Público (en la actualidad Fiscalía General del Estado), para que se proceda a realizar la investigación correspondiente, es decir que se necesitaba que el Superintendente de Bancos y Seguros informe la *notitia criminis* a Fiscalía, para que con los elementos aportados por la auditoría de la Superintendencia de Bancos y Seguros se inicie una investigación penal.

En el año 2002 se publica la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (R.O.S. 595, 12-06-2002), que en el artículo 99 deroga expresamente varios Títulos de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, entre ellos, el Título XI que incluía el

artículo por el cual se sustituía el artículo 257 del Código Penal, por lo que se produjo la duda de que si de igual manera quedaba derogado el delito de peculado en el Ecuador.

Ante esta duda que generaba incertidumbre en el país, ya que se eliminaba la tipificación de un delito de acción pública, un delito contra la administración pública; la Corte Suprema de Justicia mediante Resolución s/n (R.O. 604, 25-06-2002) consideró que:

Con motivo de la promulgación de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (Registro Oficial Suplemento al No. 595 de 12 de junio del 2002). y lo que disponen sus artículos 65 y 99, se han suscitado dudas respecto de la vigencia del artículo 257 del Código Penal que tipifica y sanciona el delito de peculado, de sus reformas y agregados:

Que el artículo 121 de la Constitución Política de la República del Ecuador impone el deber de sancionar el delito de peculado:

Que en virtud de la supremacía de la Carta Fundamental consagrada en el artículo 272 de la misma, todas las normas restantes del ordenamiento jurídico ecuatoriano le están subordinadas, por lo que la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado no pueden caso alguno afectar, en lo sustantivo, a disposiciones del Código Penal que desarrollan mandatos expresos de la Constitución; y,

En ejercicio de la facultad constante en el artículo 15 de la Ley Orgánica de la Función Judicial.

Resuelve:

Declarar que el artículo 99 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado no afecta la plena vigencia del artículo 257 del Código Penal, de sus reformas y de los artículos agregados a continuación. (R.O. 604, 25 jun 2002)

Ante esta Resolución de la Corte Suprema de Justicia el artículo 257 del Código Penal continuó en vigencia con las penas originales, esto sin afectar a la vez la vigencia de la Ley de la Contraloría General del Estado, que en el artículo 65 determina que si se encuentra en alguna auditoría realizada por la Contraloría General del Estado una situación irregular se debe de realizar un informe, el cual se dará a conocer al Contralor General del Estado para que luego de haberlo analizado y aprobado lo remitan a Fiscalía con toda la evidencia que han podido recaudar, esto con el propósito de que Fiscalía inicie la Instrucción Fiscal e investigue el presunto ilícito. De igual manera se procederá en caso de que los indicios de responsabilidad penal surjan de la realización de una auditoría interna. Dicho procedimiento se encuentra detallado en el artículo 66 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que manda que el jefe de la auditoría interna realizada comunique las irregularidades a la Contraloría General del Estado para que se prepare el informe con indicios de responsabilidad penal y sea enviado a Fiscalía para que se inicie el proceso de investigación.

El artículo 257 del Código Penal (R.O.S. 147, 22-01-1971) determina lo que se conoce como peculado bancario, es decir el abuso de los dineros privados, además de que se incluye en las personas que se las puede imputar por dicho delito a “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”(Código Penal, 1971, art. 257).

Con este antecedente queda entendido que para el inicio de un proceso penal por el delito de peculado se debe de contar con el requisito de procedibilidad establecido por la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, ya que especifica que el Contralor General del Estado envíe el informe con indicios de responsabilidad penal a Fiscalía para que se pueda abrir la Instrucción Fiscal, con el propósito de llevar a cabo la investigación del supuesto ilícito que se ha cometido ya sea en una institución pública o privada. Por lo que una forma procesal que se debía cumplir es la del informe con indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado.

A la luz de la Ley General de Instituciones Financieras y de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado se entiende que para proceder a iniciar una investigación por el delito de peculado, cometido ya sea por instituciones públicas o por instituciones financieras privadas, se requería que según sea el caso, el Contralor General del Estado o el Superintendente de Bancos y Seguros, informe a la Fiscalía General del Estado para que proceda a iniciar una investigación en la entidad donde posiblemente se haya cometido o esté cometiendo el ilícito. En el caso de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado es más específica ya que es muy clara al determinar que se debe de entregar un informe aprobado por el Contralor General del Estado a la Fiscalía para que proceda a iniciar la Instrucción Fiscal. Este no es el caso de la Ley General de Instituciones Financieras, en la cual sólo se manda a que lleve la información del supuesto cometimiento de un ilícito en una entidad financiera que se encuentre bajo su control, sin especificar que dicha información provenga de una auditoría o que lo debe de realizar a manera de informe, lo que da paso a la interpretación, a mi criterio se debe actuar de igual manera que la Contraloría General del Estado en estos casos.

En el año 2008 en el Ecuador se publica la Constitución de la República del Ecuador, en la cual se da determinadas competencias y atribuciones a la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria y de la Contraloría General del Estado.

De acuerdo con el artículo 311 de la Constitución de la República del Ecuador se determina que:

El sector financiero popular y solidario se compondrá de cooperativas de ahorro y crédito, entidades asociativas o solidarias, cajas y bancos comunales, cajas de ahorro. Las iniciativas de servicios del sector financiero popular y solidario, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas, recibirán un tratamiento diferenciado y preferencial del Estado, en la medida en que impulsen el desarrollo de la economía popular y solidaria. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 311)

Por ende, al estar vigente la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, la Ley General de Instituciones Financieras y con la Constitución de la República del Ecuador del 2008 que da competencias a la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, se entiende que para perseguir el delito de peculado a partir del año 2008 la Contraloría General del Estado debía de emitir un informe con presunción de responsabilidad penal, para que así la Fiscalía General del Estado pudiese iniciar la Instrucción Fiscal, de igual manera debe de actuar la Superintendencia de Bancos y Seguros con las entidades que se encuentren bajo su control y la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria también emitiría los informes en caso de encontrar alguna irregularidad en las entidades que tiene a su cargo.

### **2.2.2. Resolución de 24 de febrero de 2010 de la Corte Nacional de Justicia: necesidad de informe con indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado para los hechos contemplados en el artículo 257 del Código Penal**

En el año 2009, el Contralor General del Estado de la época, doctor Carlos Pólit Faggioni, consultó a la Corte Nacional de Justicia, sobre el procedimiento a seguir al conocer alguna sospecha del cometimiento del delito de peculado en instituciones públicas, que por ley están bajo su control. El 28 de diciembre de 2009, el Contralor General del Estado encargado, doctor Eduardo Muñoz Vargas, insiste en la consulta realizada por el Contralor General del Estado titular. La consulta realizada mediante oficio No. 24237 en su parte pertinente pregunta

si es requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, la declaratoria de la Contraloría General del Estado en cuanto a la existencia de indicios de responsabilidad penal por el faltante en los fondos públicos, contra el funcionario a cargo de éstos. (Oficio No. 24237, 2009)

La Corte Nacional de Justicia en la Resolución de fecha 24 de febrero de 2010 (R.O. 154, 19-03-2010) al tenor de los siguientes considerandos:

Que el artículo 212, numeral 2 de la Constitución de la República, establece que serán funciones de la Contraloría General del Estado: “Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control, sin perjuicio de las funciones que esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado”

Que el artículo 39 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado prescribe: “A base de los resultados de la auditoría gubernamental, contenidas en actas o informes, la Contraloría General del Estado, tendrá potestad exclusiva para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal”, normativa que relacionada con los artículos 65, 66 y 67 de la misma Ley, dispone que el Contralor o sus Delegados, luego de aprobar un informe “... lo remitirán al Ministerio Público (hoy Fiscalía General del Estado), con la evidencia acumulada, el cual ejercerá la acción penal correspondiente de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimiento Penal...”;

Que, de las normas constitucionales y legales antes mencionadas, se establece con absoluta claridad que, en relación a los resultados de la auditoría gubernamental, la Contraloría General del Estado, tiene potestad exclusiva, para entre otras, determinar indicios de responsabilidad penal, en base de las cuales, a la Fiscalía General del Estado le corresponde ejercer la acción penal correspondiente;

Que la sustanciación de los procesos de peculado y enriquecimiento ilícito sin que previamente se hayan incorporado los informes con indicios de responsabilidad penal, emitidos por la Contraloría General del Estado, ha contribuido a la inseguridad jurídica, así como a la impunidad de los procesados por estos delitos. (Resolución 24-02-2010, R.O. 154, 19 mar 2010)

Resolvió que:

Art. 1.- para el ejercicio de la acción penal pública, esto es, para el inicio de la instrucción fiscal, por los hechos a los que se refiere el artículo 257 del Código Penal, los artículos enumerados agregados a continuación de éste, (...) se requiere el informe previo de la Contraloría General del Estado, en el que se determine indicios de responsabilidad penal. (Resolución 24-02-2010, R.O. 154, 19 mar 2010)

La intención de la Corte Nacional de Justicia al dictar esta Resolución era solventar el cuestionamiento de los funcionarios de la Contraloría General del Estado. En esta Resolución se establece que, para el delito de peculado, tipificado en el artículo 257 del Código Penal (R.O.S. 147, 22-01-1971) se requería en calidad de requisito de procedibilidad la emisión del informe previo con indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado. Esto daba paso a que Fiscalía previo a iniciar la Instrucción Fiscal por el supuesto cometimiento del delito de peculado en alguna

entidad que se encuentre bajo el control de la Contraloría General del Estado, necesariamente cuente con el informe de Contraloría, caso contrario no se podría perseguir este ilícito, dado que al ser una condición de procedibilidad, y si no se cumple, en caso de llegar a juicio se debía declarar la nulidad de lo actuado por Fiscalía al incumplir las formas procesales.

Por otra parte, la Corte Nacional de Justicia en la referida Resolución, nada dice sobre las funciones de control encargadas a la Superintendencia de Bancos y Seguros y a la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, generándose una libre interpretación de la Resolución por parte de los operadores de justicia. Entendiéndose que para los casos de peculado cometidos en entidades que están bajo la supervisión de las Superintendencias de Bancos y Seguros; y, la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria deben de emitir un informe con indicios de responsabilidad penal, sin considerar que el artículo 257 del Código Penal (R.O.S. 147, 22-01-1971) tipifique el peculado público como el privado y que la Resolución de la Corte Nacional de Justicia se refiera al artículo 257 del Código Penal como si solamente la Contraloría General del Estado sería la entidad de control.

### **2.2.3. Resolución de 10 de noviembre de 2010 de la Corte Nacional de Justicia: aclaración de la Resolución de 24 de febrero de 2010, genera distintas interpretaciones**

Siendo un derecho constitucional, el derecho a la seguridad jurídica, y habiéndose producido confusión con el texto de la Resolución dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia con fecha 24 de febrero de 2010 (R.O. 336, 08-12-2010), la Corte Nacional de Justicia se vio obligada a dictar otra Resolución con fecha 10 de noviembre de 2010. En esta Resolución la Corte Nacional de Justicia pretendió puntualizar el rol de la Superintendencia de Bancos y Seguros respecto del cometimiento del delito de peculado en las instituciones del sistema financiero nacional. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia para sustentar esta resolución consideró:

Que de conformidad a lo que establece el artículo 213 de la Constitución de la República, las Superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y al interés general; y, en lo que corresponde a la Superintendencia de Bancos y Seguros, según lo establece el artículo 171 de la Ley

General de Instituciones del Sistema Financiero, ésta tiene a su cargo la vigilancia y el control de las instituciones del sistema financiero público y privado, así como de las compañías de seguros y reaseguros, determinados en la Constitución y la ley;

Que de conformidad a lo que dispone el artículo 93 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, cuando el Superintendente de Bancos y Seguros tenga conocimiento de indicios de la perpetración de un delito relacionado con las actividades de las instituciones del sistema financiero, estará obligado a llevarlos a conocimiento del Fiscal General del Estado, a fin de que proceda a ejercer inmediatamente las acciones legales correspondientes, en el término de cinco días;

Que la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución de 24 de febrero de 2010, publicada en el Registro Oficial No. 154 de 19 de marzo de 2010, dispuso que para el inicio de la instrucción fiscal, en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito era necesario contar con el informe previo de la Contraloría General del Estado, en el que se establezca indicios de responsabilidad penal;

Que la referida Resolución, ha dado lugar a que la Fiscalía General del Estado disponga que la Contraloría General del Estado presente informe previo el inicio de la instrucción fiscal, en los casos relacionados con las actividades de las instituciones del sistema financiero, cuya facultad es exclusiva de la Superintendencia de Bancos y Seguros. (Resolución 10-11-2010, R.O. 336, 8 dic 2010)

En este orden de ideas, y dado que la Constitución de la República del Ecuador en el artículo 213, manda que

Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano.

En armonía con la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero (R.O.S. 439, 12-05-1994) que en el artículo 92 señala que “cuando el Superintendente tenga conocimiento de indicios de la perpetración de un delito relacionado con las actividades de las instituciones del sistema financiero, estará obligado a llevarlos a conocimiento del Fiscal General del Estado”, la Corte Nacional de Justicia resolvió:

Para el ejercicio de las facultades que según la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero le compete a la Superintendencia de Bancos y Seguros, la Fiscalía General del Estado, para el inicio de la acción penal por los delitos financieros, no requerirá ningún informe adicional, sin perjuicio de ejercer las demás atribuciones que le confiere la ley, cuando conozca, de cualquier manera, de la perpetración de alguna infracción de esta naturaleza. (Resolución 10-11-2010, R.O. 336, 8 dic 2010)

A mi entender la Corte Nacional de Justicia pretendía despejar las dudas que surgieron a partir de la Resolución de 19 de marzo de 2010, sin embargo, considero que esta Resolución posibilitó varias interpretaciones.

Como ya se analizó en la Resolución de 19 de marzo de 2010 la Corte Nacional de Justicia deja en claro que, para poder iniciar la persecución penal por el delito de peculado, la Fiscalía General del Estado debe de contar con un informe previo de la Contraloría General del Estado, en el cual se detallen los indicios de responsabilidad penal sobre los que debería investigar Fiscalía para poder llevar a los implicados ante la justicia, de ser el caso. Dicha Resolución no incluía a la Superintendencia de Bancos y Seguros, mucho menos a la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria. Esto permitió que se interprete en muchos de los casos que se requería un informe similar al otorgado por la Contraloría General del Estado por parte de las Superintendencias en caso de delitos financieros. Si bien en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero se detalla dicha atribución en el artículo 93, la primera Resolución de la Corte Nacional de Justicia la pasa por alto y se enfoca únicamente en la Contraloría General del Estado. Cabe recalcar que, a la fecha de la publicación de la Resolución, estaba vigente la Constitución de la República del Ecuador del año 2008 (R.O. 449, 20-10-2008) que en el artículo 309 establece que “el sistema financiero nacional se compone de los sectores público, privado, y del popular y solidario, que intermedian recursos del público” y, en el Reglamento General de la Ley Orgánica de la Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario (Decreto Ejecutivo 1061) (R.O.S. 648, 27-02-2012) determina las atribuciones de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria.

En la Resolución de la Corte Nacional de Justicia de fecha 10 de noviembre de 2010, ordena que para los delitos financieros que lleguen a conocimiento de la Superintendencia de Bancos y Seguros no será necesario que la misma emita un informe a la Fiscalía General del Estado para que esta inicie la Instrucción Fiscal. Sin embargo, en la Resolución de la Corte Nacional de Justicia se incluyó la frase “no requerirá ningún informe adicional” lo cual de igual manera que la anterior Resolución, deja abierto el camino para que los operadores de justicia interpreten libremente esta Resolución. Con esta frase se entendería que, al no requerir un informe adicional, se debía de contar con un informe previo, es decir, que debía de haber un único informe y que sin más dilaciones iniciar la Instrucción Fiscal. Esto dio paso a que muchos jueces continúen solicitando el informe con indicios de responsabilidad penal como presupuesto de procedibilidad en el caso de peculado.

Tanto en la Resolución de fecha 24 de febrero de 2010 como en la Resolución de 10 de noviembre de 2010, la Corte Nacional de Justicia se refirió únicamente a la

Superintendencia de Bancos y Seguros, sin pronunciarse respecto de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, que, si bien en ese entonces no estaba vigente la Ley y su reglamento, la Constitución de la República contemplaba a las superintendencias como “organismos técnicos de vigilancia, auditoria, intervención y control de las actividades económicas”(Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 213), por esta omisión se vuelve a permitir la interpretación por parte de los operadores de justicia. Es decir, se regula las atribuciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros respecto a si debe o no emitir un informe como requisito de procedibilidad en el caso de delitos financieros, pero se omite cómo debe de ser el actuar de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria en los mismos casos. Ante esta omisión se ha interpretado que en los casos de las entidades reguladas por la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria se debería actuar conforme lo manda la Resolución de 10 de noviembre de 2010.

En lo que respecta a los operadores de justicia se mantuvo una opinión dividida respecto a cómo proceder en caso de que sean delitos financieros cometidos en entidades que se haya bajo el control de la Superintendencia de Bancos y Seguros y de la Superintendencia de Economía popular y solidaria. Esta división de criterios se observan en el caso No. 122-11903-2013 “CACPE-Macará”, en el cual en las distintas etapas del proceso penal se puede corroborar que no existía un criterio unificado en los jueces, ni en los abogados de las partes procesadas, ya que el requisito de procedibilidad se lo trataba de distinta manera en el mismo caso, para los jueces de primera instancia se entendía que no se requería ningún informe para poder proceder a iniciar una investigación por el delito de peculado, pero para los jueces de la Sala de lo Penal la interpretación que dieron a la Resolución de 10 de noviembre de 2010 fue que en efecto sí se necesitaba el informe con indicios de responsabilidad penal por parte de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, encargada del control de la cooperativas de ahorro y crédito.

En el año 2014 entró en vigor el Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP), en el cual en el artículo 581 en el último inciso dispone que “para el ejercicio de la acción penal, por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, constituye un presupuesto de procedibilidad que exista un informe previo sobre indicios de la responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado” (COIP, 2014, art. 581).

#### **2.2.4. Resolución 08-2015 de la Corte Nacional de Justicia: solución a los problemas generados por anteriores resoluciones**

Encontrándose en vigencia el artículo 581, último inciso del COIP, a la fecha del pronunciamiento del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, establecía que

para el ejercicio de la acción penal, por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, constituye un presupuesto de procedibilidad que exista un informe previo sobre indicios de la responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado. (COIP, 2014, art. 581).

De lo que se colige, era obligatorio para iniciar un proceso penal contar con el informe con indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado para todos los casos de peculado, sin considerar la calidad de la institución donde se ha cometido el ilícito.

En el 2014 se encontraba en vigor el Código Orgánico Monetario y Financiero (R.O. 332, 12-09-2014) que en los artículos 60 y 62 manda las funciones y finalidad de la Superintendencia de Bancos y Seguros, en el artículo 387 inciso segundo ibidem se especifica que “la Superintendencia de la Economía Popular y Solidaria, tendrá a su cargo el control de las actividades financieras de las entidades del Sector Financiero Popular y Solidario” (Código Orgánico Monetario y Financiero, 2014, art. 387), en el último inciso del referido artículo se detalla que “En el caso de que el organismo de control presuma el cometimiento de un delito de acción penal pública, denunciará los antecedentes al Fiscal General del Estado, a los fiscales distritales o agentes fiscales, según corresponda” (Código Orgánico Monetario y Financiero, 2014, art. 387), esto deja en claro cómo debe de ser el proceder tanto de la Superintendencia de Bancos como la de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria en el caso del supuesto cometimiento del delito de peculado; es decir, debían de presentar un informe con indicios de responsabilidad penal en el caso del presunto cometimiento del delito de peculado en alguna institución que se halle bajo su supervisión.

Dado que el artículo 581 del COIP determinaba que la Contraloría General del Estado cumpla con funciones específicas de las superintendencias esta entidad de control estaba obligada a supervisar y controlar instituciones que se hallaban fuera de su competencia.

Ante esto la Corte Nacional de Justicia decide emitir la Resolución 08-2015 (R.O. 539, 09-06-2015), en donde consideró que:

De conformidad con lo que establece el artículo 213 de la Constitución de la República, las Superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y al interés general; En lo que corresponde a la Superintendencia de Bancos, según lo establecen los artículos 60 y 62 del Código Orgánico Monetario y Financiero, efectuará la vigilancia, auditoría, intervención, control y supervisión de las actividades financieras que ejercen las entidades públicas y privadas del Sistema Financiero Nacional, con el propósito de que estas actividades se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general, y que de conformidad con los artículos 72 y 387 del cuerpo de leyes citado, cuando el organismo de control determine indicios de responsabilidad penal, tiene la obligación de denunciarlos ante la Fiscalía General del Estado. En lo que corresponde a la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, según lo establecido en los artículos 146 y 147 de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, en relación con los artículos 74 y 62 del Código Orgánico Monetario y Financiero, tiene las funciones de control y supervisión del sector financiero popular y solidario, y que de conformidad con los artículos 77 y 387 ejusdem, y artículo 172 de la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, cuando el organismo de control determine indicios de responsabilidad penal, tiene la obligación de denunciarlos ante la Fiscalía General del Estado. El artículo 581 del Código Orgánico Integral Penal, dispone que para el ejercicio de la acción penal por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, constituye un presupuesto de procedibilidad, que exista un informe de indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado;

La referida disposición jurídica, ha dado lugar a que los administradores de justicia, en los delitos financieros, relacionados con las actividades de control exclusivo de las instituciones del Sistema Financiero Nacional y del Sistema Financiero Popular y Solidario, cuya facultad es exclusiva de la Superintendencia de Bancos y de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, soliciten informes de aquellas Superintendencias como presupuesto de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, lo que ha generado impunidad de los procesados y atenta contra el principio de legalidad, componente del debido proceso, a más que transgrede la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica. Al no ser competencia de la Contraloría General del Estado emitir informes en los casos de delitos relacionados con el control exclusivo de las Superintendencias de Bancos y de Economía Popular y Solidaria, el presupuesto del artículo 581 del Código Orgánico Integral Penal, no es procedente para esos casos, por ello no puede existir condicionante alguno para el inicio de la acción penal por parte de la Fiscalía General del Estado, quien la promoverá conforme a sus obligaciones emanadas de la Constitución y la ley. (Resolución 08-2015, R.O. 539, 9 jun 2015)

Con estos considerandos la Corte Nacional de Justicia realizó una distinción entre las funciones de la Contraloría General del Estado y de las Superintendencias, estableciendo el procedimiento a seguir, resolviendo que:

En los delitos de peculado a los que se refieren el inciso cuarto del artículo 278 del COIP y en los delitos contra el sistema financiero, que de conformidad con el Código Orgánico Monetario y Financiero y la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, están relacionados con el control exclusivo de la Superintendencia de Bancos y de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, para el ejercicio de la acción penal, la Fiscalía General del Estado no requerirá de ningún informe previo o adicional de aquellos organismos de control como presupuesto de procedibilidad. Para estos casos, la Fiscalía General del Estado ejercerá las facultades que le confieren la Constitución de la República y la ley, cuando conozca, de cualquier manera, sobre la perpetración de alguna infracción de esta naturaleza. (Resolución 08-2015, R.O. 539, 9 jun 2015)

Con esta Resolución la Corte Nacional de Justicia aclaró que instituciones son reguladas por las Superintendencias y las instituciones que están bajo la supervisión de la Contraloría General del Estado, esto quiere decir que diferenció las funciones de las instituciones de control, al amparo de la normativa de cada una para esclarecer lo estipulado en el artículo 581 del COIP, donde se mandaba que la Contraloría General del Estado realice informes con indicios de responsabilidad penal, sin importar que ciertas instituciones no se encuentren bajo la supervisión de la misma.

Esta Resolución a su vez dio paso a que se reforme el artículo 581 en su último inciso del COIP, añadiéndose la frase “cuando el objeto de la infracción sea recursos públicos” (Ley No. 0, R.O. Suplemento 598, 30 sept 2015, art. 9). Al modificarse el último inciso del artículo 581 del COIP se esclareció que para los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito en el caso de que se cometan en entidades controladas ya sea por la Superintendencia de Bancos o por la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria no se requerirá informe alguno para iniciar un proceso de investigación contra las personas que la Fiscalía General del Estado tenga sospechas que han cometido dichos ilícitos.

#### **2.2.4.1. Aspectos no tratados en la Resolución 08-2015 de la Corte Nacional de Justicia**

Si bien con la Resolución 08-2015 se determina el tratamiento que se debe dar en los casos que se cometa delito de peculado en instituciones que se encuentran bajo vigilancia de la Superintendencia de Bancos o la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, no se abordan los siguientes puntos: a) qué se considera recursos públicos, b) la imprescriptibilidad del delito de peculado, c) la confusión dada por la presunta arrogación de funciones entre la Contraloría General del Estado y la Fiscalía General del Estado; y, d) el tratamiento procesal distinto que se da al peculado genérico y al peculado bancario a pesar de que tienen los mismos elementos típicos, antijurídicos y culpables.

#### **2.2.4.1.1. Dineros que ingresan al sistema financiero nacional ¿son públicos o privados?**

A pesar de que en el último inciso del artículo 581 del COIP se incorporó la frase “cuando el objeto de la infracción sean recursos públicos”, está en discusión qué se debe entender por “recursos públicos” dado que como se ha analizado en el capítulo anterior, los dineros que ingresan al sistema financiero circulan, permitiendo que se perfeccionen las actividades comerciales de una sociedad, en consecuencia

cuando en forma abusiva un banquero distrae esos fondos en su propio beneficio o de un tercero, perjudica el orden económico social que se ve afectado porque los recursos no llegan en forma lícita y oportuna a la sociedad, sino a los bolsillos del banquero corrupto o de sus asociados (Donoso Castellón, 2008, p 133).

El peculado bancario, cuyas instituciones se encuentran regidas bajo la Superintendencia de Bancos y la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, según Puig Peña citado por Sigüenza Bravo (2010) lesiona el bien jurídico del interés de la sociedad, es decir “el interés colectivo tutelado por esta clase infracciones no se relaciona con la seguridad de una determinada especie de bienes, sino con la actividad administrativa patrimonial, cuyo normal y regular desarrollo altera el funcionario” (p. 25).

Por este razonamiento consideramos que el peculado genérico y en el peculado bancario afectan el buen funcionamiento de la sociedad, afectan el orden económico de la misma, altera las actividades de las personas, provoca inseguridad e inestabilidad. Ante el cometimiento de un delito de peculado genérico se afecta la correcta administración del Estado, pero ante la ausencia de la misma, la sociedad es la que asume las consecuencias, al igual de lo que sucede en el cometimiento del delito de peculado bancario, dado que los fondos captados del público son desviados para favorecer a terceros y altera el orden social.

#### **2.2.4.1.2. Separación de las funciones de la Fiscalía General del Estado, respecto a la Contraloría General del Estado**

A partir de estas Resoluciones dictas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, se produjo discrepancias respecto de las atribuciones de la Fiscalía General del Estado y de la Contraloría General del Estado, porque argumentaban que al requerirse un informe previo con indicios de responsabilidad penal a la Contraloría General del Estado se estaba arrojando la competencia de la Fiscalía General del Estado de “formular cargos, impulsar

y sustentar la acusación de haber mérito o abstenerse del ejercicio público de la acción”(COIP, 2014, art. 444.3). Esta divergencia de criterios, a nuestro entender no tiene asidero legal, porque en el COIP puntualmente en los artículos 443 y 444 establece las prerrogativas de las que está investida la Fiscalía General del Estado como del Fiscal; así mismo, en el artículo 31 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado tácitamente están las funciones que le asisten a la Contraloría General del Estado.

La obligación de emitir un informe con indicios de responsabilidad penal por parte de la Contraloría General del Estado es un medio para alertar a la Fiscalía General del Estado de presuntas conductas ilícitas que se advierten en las entidades públicas que están bajo su control y vigilancia. Los informes emitidos por la Contraloría General del Estado son el resultado del ejercicio de las atribuciones conferidas por mandato legal. Los informes remitidos a la Fiscalía General del Estado constituyen la *notitia criminis* si la Fiscalía no conocía del ilícito previamente. En caso de que la Fiscalía General del Estado ya haya estado al tanto del supuesto delito, como la norma lo dispone, debe de contar con el informe previo de Contraloría, ya que es la entidad encargada del control y fiscalización. Una vez con el informe previo con indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado, la Fiscalía puede iniciar la Instrucción Fiscal, que procesalmente es el inicio del proceso penal.

#### **2.2.4.1.3. Prescriptibilidad del delito de peculado**

La Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, en el artículo 121 inciso segundo mandaba que

Los dignatarios elegidos por votación popular, los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado y los funcionarios y servidores públicos en general, estarán sujetos a las sanciones establecidas por comisión de delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán aun en ausencia de los acusados. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aunque no tengan las calidades antes señaladas; ellos serán sancionados de acuerdo con su grado de responsabilidad. (Constitución Política de la República del Ecuador, 1998, art. 121)

De esta norma constitucional se colige que la acción para perseguir los delitos de peculado y sus penas eran imprescriptibles, es decir, que no caducaban por el paso de tiempo. Así mismo en la Constitución de la República del Ecuador de 2008, en artículo 233 se manda que:

Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 233)

Esta característica de que tanto la acción como las penas del delito de peculado se encuentra impedida de ser cumplida por lo estipulado en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, en la cual en su artículo 71 en el primer inciso estipula que:

La facultad que corresponde a la Contraloría General del Estado para pronunciarse sobre las actividades de las instituciones del Estado, y los actos de las personas sujetas a esta Ley, así como para determinar responsabilidades, caso de haberlas, caducará en siete años contados desde la fecha en que se hubieren realizado dichas actividades o actos. (Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2002, art. 71).

Esto quiere decir que los informes con indicios de responsabilidad penal que debe de emitir la Contraloría General del Estado en caso de sospechar del cometimiento del delito de peculado en alguna de las instituciones que controla y supervisa, pueden ser emitidos hasta siete años después de que se haya cometido los hechos delictivos, por lo que en el caso de que no se lleguen a emitir dichos informes, y al ser los mismos un requisito de procedibilidad para poder iniciar un proceso penal por el delito de peculado, es imposible perseguir el ilícito. Como se manifestó en el capítulo anterior, la falta de cumplimiento de los presupuestos de procedibilidad no afecta la culpabilidad de la persona que lo haya cometido, se enfoca netamente en la parte procesal, y si no se cumplen los presupuestos establecidos no hay como dar paso a un proceso penal por dicho delito.

En otras palabras, la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado está volviendo prescriptible un delito que la Carta Magna lo establece como imprescriptible, la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado está contraviniendo lo mandado por la Constitución de la República del Ecuador, en consecuencia dicha norma es inconstitucional, pero no se lo ha tomado de dicha manera por el hecho de que explícitamente no estipula la prescriptibilidad del delito de peculado, establece un máximo de tiempo para emitir informes, lo cual indirectamente pone una fecha de prescripción al delito de peculado.

Al tener un tiempo máximo la Contraloría General del Estado para emitir un informe con indicios de responsabilidad penal en el caso de peculado, a más de contravenir la Constitución de la República del Ecuador, se permite que exista impunidad, debido a que

consta en la norma el informe de Contraloría como requisito de procedibilidad, es decir, un elemento indispensable que va a dar paso a que se inicie un proceso y sin el cual no hay manera de perseguir un posible delito, se permite que exista la posibilidad que ya sea por negligencia o intencionadamente con ánimos de encubrir un delito, la Contraloría General del Estado no emita los informes necesarios y el actuar delictivo de las personas que cometieron peculado no podrá ser sancionado por no cumplir con las formas procesales establecidas en la ley.

La Contraloría General del Estado es un órgano de control, fiscalización y auditoría del Estado, que tiene como misión “controlar los recursos públicos para precautelar su uso efectivo, en beneficio de la sociedad” (Contraloría General del Estado, 2017) , pero puede ser que el Contralor General del Estado, con el fin de coadyuvar al cometimiento de los ilícitos contra la buena administración del Estado no emita los informes con indicios de responsabilidad penal, por lo que podría permitir que el tiempo para que la Contraloría General del Estado emita los informes con indicios de responsabilidad penal prescriba, dando cabida a la impunidad, todo esto fundamentándose en el artículo 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

#### **2.2.4.1.4. Tratamiento distinto al peculado genérico respecto al peculado bancario**

El último problema es que se ha diferenciado en el trato los diferentes tipos de peculado, el genérico y el bancario. Se ha intentado diferenciar los fondos públicos de los privados. En el primer inciso del artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado define a los recursos públicos como:

... todos los bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título realicen a favor del Estado o de sus instituciones, personas naturales o jurídicas u organismos nacionales o internacionales. (Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2002, art. 3)

Pero a pesar de la diferenciación de fondos públicos y privados, el tipo penal es el mismo. En el artículo 278 del COIP se tipifica tanto el peculado genérico como el peculado bancario, en ambos casos el verbo rector es “abusar” y el objeto material de la infracción son los fondos o bienes, pero se diferencia entre públicos y privados. De la misma forma se diferencia los sujetos activos, que pueden ser servidores públicos o privados, pero en sí el delito es el mismo, abusar de los bienes que tiene a su disposición en razón de su

cargo, sin importar si son bienes públicos o privados, o qué cargo ostente. De igual manera se corrobora que el legislador los entiende iguales a los dos peculados ya que en el COIP en su Art 581 en su último inciso se especifica el presupuesto de procedibilidad para el delito de peculado, y aclara que solamente se solicitará informe de Contraloría General del Estado cuando se trate de recurso públicos, lo que da a entender que en caso de ser un peculado privado no se requerirá; esto quiere decir que el tipo penal es el mismo.

Por lo tanto, al comprobar que los elementos del tipo penal peculado genérico y los del peculado bancario son los mismos, simplemente se cambia la denominación de bienes que son abusados, públicos y privados, y dado que dicho tipo penal se encuentra regulado en el mismo artículo del COIP; al tratarlos de manera distinta se está vulnerando el principio de igualdad, sobre el cual se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente forma:

El principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al jus cogens, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que pertenece a todo ordenamiento jurídico (...). Así como, forma parte del Derecho Internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva No. 18 de 17 de septiembre de 2003, párr. 19)

En base a lo mandado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 66 se establece que la igualdad tiene dos dimensiones, la formal y la material, las mismas que han sido desarrolladas por la Corte Constitucional del Ecuador en los siguientes términos:

- a) La dimensión formal, se expresa por la misma Constitución en su artículo 11 numeral 2 primer inciso, cuando se la define como un principio de aplicación, en el siguiente enunciado: “Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades”. De acuerdo con la Norma Fundamental, entonces, la igualdad formal implica un trato idéntico a los sujetos –individuales o colectivos- que se hallan en la misma situación.
- b) La dimensión material, en cambio, se establece en el tercer inciso del numeral 2 del artículo 11 de la Constitución, al señalar: “El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real a favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad”. Esta dimensión del derecho supone en cambio, que los sujetos se hallen en condiciones diferentes, por lo que requerirán un trato distinto, que permita equiparar el estatus de garantía en el goce y ejercicio de sus derechos. (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 117-13-SEP-CC, 2013).

Por lo manifestado por la Corte Constitucional del Ecuador en su sentencia se puede observar que al tratar al peculado genérico y al peculado bancario de distinta manera se está atentando contra el presupuesto constitucional de que todas las personas son iguales ante la ley, como lo volvió a manifestar la Corte Constitucional del Ecuador, “la igualdad formal tiene relación con la garantía de identidad de trato a todos los destinatarios de una norma jurídica...”(Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 362-16-SEP-CC, 2016) por lo que en el caso del tratamiento del peculado no existe igualdad formal, todo el tipo penal se desarrolla en un mismo artículo del COIP pero en el tema de procedibilidad se los diferencia, vulnerado de dicha manera la igualdad formal consagrada en la Constitución de la República del Ecuador.

**2.2.5. Acción pública de inconstitucionalidad de actos normativos, mediante la cual solicita se declare la inconstitucionalidad de la totalidad de la resolución emanada por el pleno de la Corte Nacional de Justicia de 24 de febrero del 2010.**

El 24 de febrero de 2010 el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, ante una consulta realizada por el doctor Eduardo Muñoz Vega, Contralor General del Estado encargado, sobre

si es requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, la declaración de la Contraloría General del Estado en cuanto a la existencia de indicios de responsabilidad penal por faltante en los fondos públicos, contra el funcionario a cargo de éstos (Resolución 24-02-2010, R.O. 154, 19 mar 2010)

emitió la Resolución de 24 de febrero de 2010 (R.O. 154, 19-03-2010), en la cual luego de su análisis resuelve que para el inicio de la instrucción fiscal de los delitos contenidos en el artículo 257 del Código Penal de la época sí se requerirá un informe previo con indicios de responsabilidad penal por parte de la Contraloría General del Estado, pero para que la Fiscalía General del Estado realice una investigación previa, la cual es una etapa pre procesal, no requerirá informe alguno.

Ante esta Resolución la Fiscalía General del Estado, a través de su máxima autoridad, el doctor Washington Pesántez, Fiscal General del Estado en esa época, en conjunto con la ingeniera Gloria Sabando, Superintendente de Bancos y Seguros comunican sus observaciones a dicha Resolución, debido a que en la misma como se ha manifestado anteriormente, se ignora a la Superintendencia de Bancos y Seguros, y sus facultades se

las atribuye a la Contraloría General del Estado, facultades establecidas en la Constitución de la República del Ecuador en concordancia con la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero. Ante esto la Superintendente de Bancos y Seguros y el Fiscal General del Estado en su oficio dirigido al presidente de la Corte Nacional de Justicia manifiestan que

De conformidad con la referida Resolución dictada por la Corte Nacional devendría en un absurdo jurídico y operativo que los informes de auditoría efectuados por la Superintendencia de Bancos y Seguros en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, deban ser revisados por la Contraloría General del Estado para que determine indicios de responsabilidad penal de funcionarios, administradores y ejecutivos de entidades bancarias de derechos privado, incursos en la disposición del artículo 257 del Código Penal. La aplicación de esta resolución evidencia problemas jurídicos por violación de la ley y otros de orden práctico, pues la Contraloría General del Estado que no tiene competencia constitucional y legal para auditar a las entidades financieras privadas, tampoco tendría la capacidad física y los recursos técnicos y humanos para efectuar tal tarea, que además implicaría una inoficiosa duplicación de funciones. (Oficio No. 5791 de 12 de julio de 2010).

Este análisis lo realizaron a la luz de la Constitución y las leyes vigentes, en las cuales se manifiesta que el control del sector financiero nacional es competencia exclusiva de la Superintendencia de Bancos y Seguros. Las instituciones del sistema financiero nacional se encontraban contempladas en el artículo 257 del Código Penal vigente en la época, junto a las instituciones públicas, es decir el peculado bancario y el peculado genérico se encontraban en el mismo artículo del Código Penal, por lo que la Corte Nacional de Justicia al emitir dicha Resolución, la misma que de modo general trataba los tipos penales contenidos en el artículo 257, ignora completamente las funciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros e ilegalmente le atribuye dichas funciones a la Contraloría General del Estado.

Ya que dicho oficio no generó cambio alguno en la Resolución emitida por la Corte Nacional de Justicia, el 29 de septiembre de 2010 la Fiscalía General del Estado decide presentar una Acción de Inconstitucionalidad contra el acto normativo con carácter general emanado por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia de fecha 24 de febrero de 2010.

La Acción de Inconstitucionalidad se encuentra regulada en la Constitución de la República en su artículo 436 numeral 2 en donde se determina que la Corte Constitucional ejercerá la atribución de

Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 436.2).

La Acción Pública de Inconstitucionalidad es una atribución que posee la Corte Constitucional, para que

realice un control tendiente a que las disposiciones normativas guarden armonía con la Constitución de la República y a evitar que las disposiciones promulgadas por el legislativo o por las autoridades públicas que ejercen facultades normativas, entren en contradicción con la Constitución... (Corte Constitucional, 2016, p. 278).

En la demanda de Acción de Inconstitucionalidad presentada por parte de la Fiscalía General del Estado ante la Corte Constitucional del Ecuador se aduce la violación de los artículos 76 numeral 7 literal 1, 82, 195, 212, 233, 424, 425, 426 y 427 de la Constitución de la República por la Resolución de 24 de febrero de 2010 emanada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia.

#### **2.2.5.1.Limitación a las funciones de la Fiscalía General del Estado**

El primer mandato constitucional que se alega su vulneración por la mencionada Resolución es el accionar de la Fiscalía General del Estado, el mismo que se encuentra detallado en el artículo 195 de la Constitución, donde se establece las funciones que debe cumplir la Fiscalía, entre las que se encuentra la función de que

La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 195)

Además, este artículo se encuentra relacionado con los artículos del Código de Procedimiento Penal (R.O.S. 360, 13-01-2000) vigente en la época, en donde de igual manera se menciona y se determina que el ejercicio de la acción penal es una competencia exclusiva de la Fiscalía, y que su única limitación es la Constitución y las leyes inferiores que de igual manera regulan su accionar.

La Resolución de 24 de febrero de 2010 limita el accionar de la Fiscalía General del Estado, debido a que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia obstaculiza el inicio del proceso penal a través de imponer un requisito previo para poder proceder a cumplir con las funciones encomendadas en la Constitución de la República. El Pleno de la Corte Nacional de Justicia al exigir que previo al inicio del proceso penal se cuente con el

informe con indicios de responsabilidad penal por parte de la Contraloría General del Estado se está permitiendo que sea el Contralor General del Estado quien decida si se inicia o no una investigación penal por los delitos contenidos en el artículo 257 del Código Penal de la época, entre los que se encuentra el delito de peculado, bancario y genérico.

Esta Resolución restringe las funciones de la Fiscalía General del Estado, porque dicha entidad puede iniciar un proceso de investigación cuando crea necesario, puesto que según la Constitución lo puede realizar de oficio o a petición de parte, y en caso de que considere oportuno y necesario acusará a los investigados ante el juez competente para que en juicio se determinen responsabilidades en caso de existir.

Uno de los argumentos que de igual manera la Fiscalía presenta para reforzar la inconstitucionalidad de la Resolución de 24 de febrero es que el acto normativo emitido por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia no tiene fuerza de ley, ya que “simplemente no cabe que un órgano como el pleno de la Corte Nacional de Justicia, que no tiene facultades legislativas, incorpore mediante una resolución un requisito de procedibilidad que no está en la Ley, violando flagrantemente el principio de legalidad”(Demanda de Inconstitucionalidad, 0053-10-IN, 2010)

De igual manera el requisito de procedibilidad es simplemente un indicio, el mismo que siempre debe de ser corroborado, como lo señaló el doctor José Molina “los indicios son fenómenos de la naturaleza que nos permite inferir o conocer la existencia de algo que no se pruebe al momento” (Apuntes de la cátedra “Instituciones Procesales Penales, 06 de octubre de 2016). Los indicios que tenga Fiscalía en su poder pasarán a ser presunciones y mediante actuaciones procesales, que lleven a comprobar el hecho con certeza absoluta, se convertirán en pruebas, las mismas que deben ser presentadas oportunamente en el juicio, las cuales serán analizadas por el juez, quien determinará si se logró llegar al pleno convencimiento para determinar responsabilidades. Tal como lo señala el Fiscal General del Estado en su demanda de inconstitucionalidad “en el supuesto no consentido de que el Informe de Contraloría con indicios de responsabilidad penal fuese un requisito de procedibilidad, el momento procesal oportuno para tratar de requisitos de procedibilidad es la etapa intermedia” (Demanda de Inconstitucionalidad, 0053-10-IN, 2010).

Claramente al aplicar como requisito de procedibilidad el informe previo de la Contraloría General del Estado con indicios de responsabilidad penal se evita que la Fiscalía General del Estado cumpla con su labor, la cual es de investigar los delitos que posiblemente se

hayan cometido en territorio nacional. Esto genera que al verse limitada la labor de la Fiscalía General del Estado, se de paso al aumento del cometimiento de delitos de esta naturaleza, en vista de que la sociedad puede apreciar la traba que supone el requisito de procedibilidad para perseguir el delito y que siendo este un delito que se comete por lo general con grandes cifras es fácil que se evite la elaboración del informe por parte de Contraloría y así retrasar o impedir la investigación del fiscal.

#### **2.2.5.2. Problemas respecto a la imprescriptibilidad del peculado**

Otro de los problemas de inconstitucionalidad que presenta la Resolución de 24 de febrero es que, si bien a simple vista no interfiere con el artículo 233 de la Constitución de la República en donde se dispone que el delito de peculado es imprescriptible, tanto el proceso como la pena; al disponer el Pleno de la Corte Nacional de Justicia que previo al inicio de un proceso penal por el supuesto delito de peculado emita un informe con indicios de responsabilidad penal, pasan a ser delitos prescriptibles ya que se aplica lo mandado en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que en su Art. 71 dispone que:

La facultad que corresponde a la Contraloría General del Estado para pronunciarse sobre las actividades de las instituciones del Estado, y los actos de las personas sujetas a esta Ley, así como para determinar responsabilidades, caso de haberlas, caducará en siete años contados desde la fecha en que se hubieren realizado dichas actividades o actos. (Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2002, art. 71)

Por lo que en caso de que la Contraloría General del Estado no presente dicho informe, la Fiscalía General del Estado se vería impedida de actuar hasta que el informe con indicios de responsabilidad penal sea emitido, pero en caso de que pasen más de 7 años, se volvería imposible perseguir el delito de peculado ya que existe el impedimento por parte del Pleno de la Corte Nacional de Justicia de que se debe de contar con el informe de Contraloría previo al inicio de un proceso penal.

Esto produce que lo mandado por la Constitución de la República se vea impedido de ser cumplido por una disposición de menor rango, tal como lo menciona la Fiscalía General del Estado en su demanda de inconstitucionalidad,

La disposición de imprescriptibilidad de estos delitos emanada de la Constitución quedaría derogada o inaplicable en la práctica por disposición de una Resolución emanada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia y la consecuente aplicación de la última norma referida, con lo que cientos de investigaciones iniciadas, al no contar con el

informe de Contraloría, y por la imposibilidad legal que tiene la Contraloría de pronunciarse pasados siete años desde la fecha en que se han realizado las actividades presuntamente ilícitas, generaría IMPUNIDAD. (Demanda de Inconstitucionalidad, 0053-10-IN, 2010).

De igual manera como en el punto anterior se afectaba la labor de la Fiscalía General del Estado, establecer el informe con indicios de responsabilidad penal elaborado por la Contraloría General del Estado además de retrasar la labor investigativa, crea la posibilidad de que dicho delito quede en la impunidad, es decir, que no se lo sancione, ya que como se ha explicado detalladamente la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado establece un plazo máximo para la presentación del informe con indicios de responsabilidad penal, por lo que una vez fenecido dicho plazo, la Fiscalía General del Estado no puede hacer nada para perseguir dicho delito, por lo que si inicia un proceso penal por peculado, “al comprobar el juez la falta de una condición de procedibilidad, queda impedido de pronunciar decisión alguna (...) de fondo sobre la acción, y sólo debe emitir un fallo de índole meramente procesal relativo a la suspensión del procedimiento” (Núñez Vasquez, 2001, p. 161).

### **2.2.5.3. Atribución de las funciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros a la Contraloría General del Estado**

El artículo 212 de la Constitución de la República del Ecuador también es otro de los artículos que la Fiscalía General del Estado alega su vulneración, a causa de que en ese artículo la Constitución desarrolla y detalla las funciones de la Contraloría General del Estado, específicamente en el numeral dos de dicho artículo se detalla que una de sus funciones es la de “determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos sujetos a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado”(Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 212.2).

Ante esto la Fiscalía General del Estado formula dos puntos de argumentación, en primer lugar aceptando que dicha norma constitucional guarda completa armonía con el sistema normativo inferior, pero realiza el énfasis en que lo único que presenta la Contraloría General del Estado son indicios y que “el informe de Contraloría es un indicio, el cual está expuesto a los mismos principios que rigen para los demás medios probatorios y por lo tanto susceptibles de desvanecerse” (Demanda de Inconstitucionalidad, 0053-10-IN,

2010). Además de que el hecho que la Contraloría haya presentado un informe con indicios de responsabilidad penal no quiere decir que las personas que se encuentran en dicho informe son culpables y que deben de ser sancionadas por el juez, “pues de ser así se torna innecesaria la intervención de la Fiscalía, si fuera el Contralor la única persona que determinaría responsabilidad penal, llevando al caos el sistema acusatorio oral” (Demanda de Inconstitucionalidad, 0053-10-IN, 2010).

Este artículo deja en claro que la labor de la Contraloría General del Estado se encuentra separada y no interfiere en las funciones de la Fiscalía General del Estado, lo que claramente se entiende que la Contraloría General del Estado solamente debe de indicar a la Fiscalía en caso de que tenga conocimiento del cometimiento de un presunto delito de los que se encuentran contemplados en el artículo 257 del Código Penal antiguo y en el artículo 278 del COIP. Fiscalía deberá realizar una indagación previa y de creer conveniente iniciar la instrucción fiscal, donde se buscará más elementos que logren demostrar el cometimiento del ilícito y determinar responsables, para así poder sustanciar un juicio frente al tribunal penal.

Pero dicha claridad del artículo 212 de la Constitución de la República del Ecuador se ve afectada por la Resolución de 24 de febrero de 2010 ya que “si se aplica esta Resolución, la Contraloría General del Estado excluiría a la Fiscalía y al Juez Penal respecto a ejercer la acción penal y determinar responsabilidad penal respectivamente, al estar prejuizadas las personas indicadas por el informe de Contraloría” (Demanda de Inconstitucionalidad, 0053-10-IN, 2010).

El segundo punto argumentativo de la Fiscalía en su demanda de inconstitucionalidad radica en la atribución de competencias a la Contraloría, que constitucionalmente le corresponden a la Superintendencia de Bancos y Seguros y en la actualidad también le corresponderían a la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, como lo es el control de las cooperativas de ahorro y crédito.

Como ya se ha argumentado anteriormente esta Resolución no toma en cuenta a la Superintendencia de Bancos y Seguros, la cual tiene las funciones de regular y supervisar el sistema financiero nacional, y de acuerdo al artículo 93 de la Ley General del Sistema de Instituciones Financieras se dispone que el Superintendente de Bancos y Seguros al momento de conocer de indicios que puedan indicar el cometimiento de un delito relacionado con los fondos que manejan las instituciones bajo su vigilancia, debe de

informar a la Fiscalía General del Estado, para que la misma realice las investigaciones correspondientes y de ser necesario inicie un proceso penal en busca de determinar responsabilidades.

#### **2.2.5.4.Imposibilidad de perseguir el peculado bancario**

El Pleno de la Corte Nacional de Justicia en la Resolución de fecha 24 de febrero de 2010, hace referencia a todos los delitos tipificados en el artículo 257 del Código Penal (R.O.S. 147, 22-01-1971). Ahora bien, en el artículo 257 del Código Penal contempla el peculado genérico y bancario. Entendiéndose en la Resolución de la Corte Nacional de Justicia que la Contraloría General del Estado es la entidad de control para todas las instituciones públicas y privadas. En otras palabras, arrogando funciones a la Contraloría General del Estado que no le competen. Esta tesis está sustentada e la demanda de inconstitucionalidad presentada por la Fiscalía General del Estado.

Se estaría concediendo a la Contraloría las funciones de regular también el sistema financiero y emitir informes con indicios de responsabilidad penal en caso de peculado bancario, lo cual es completamente inconstitucional e ilógico, y lo que ocurrirá en la práctica es que, no teniendo la Contraloría General del Estado facultades legales ni constitucionales para auditar a las entidades financieras privadas, no se emitirán informes con indicios de responsabilidad penal en estos casos, derivando en la inaplicabilidad de la figura del peculado bancario, quedando tácitamente derogada esta conducta típica, antijurídica y culpable, generando la impunidad en graves casos que investiga la Fiscalía y que son de interés nacional. (Demanda de Inconstitucionalidad, 0053-10-IN, 2010).

Por ende, de la aplicación de la Resolución de 24 de febrero de 2010 dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia se infiere que se estaría desconociendo el peculado bancario, es decir se arrogan facultades legislativas que no les asiste al otorgar a la Contraloría General del Estado la responsabilidad de auditar a las instituciones públicas y privadas la que por impedimento constitucional no podrá auditar a las instituciones del sistema financiero nacional privado y así nunca se podrá iniciar una investigación por peculado bancario, por lo que se derogaría tácitamente dicho tipo penal, derogatoria realizada por un órgano que no tiene dicha facultad.

Este problema legal, si bien ya ha sido subsanado en parte mediante la Resolución 08-2015 de la Corte Nacional de Justicia, sigue generando problemas, debido que en el Ecuador no se ha delimitado con exactitud qué se debe entender por dineros públicos y privados, lo cual deja en tela de duda ¿por qué el peculado bancario es tratado de distinta forma que el peculado genérico? Si bien a la fecha de presentación de demanda de

inconstitucionalidad se derogaba tácitamente un tipo penal por el hecho de otorgarle a la Contraloría General del Estado funciones que no le correspondían, constituía un grave problema ya que como se conoce, los presupuestos de procedibilidad “son las circunstancias que determinan la admisibilidad de la promoción o de la prosecución de la acción penal, y, por ende, constituyen supuestos imprescindibles para el nacimiento y desarrollo de la relación jurídica procesal penal” (Núñez Vasquez, 2001, p. 159).

#### **2.2.5.5. Falta de motivación de la Resolución de 24 de febrero de 2010**

La Resolución de la cual se demanda su inconstitucionalidad es breve. En el primer numeral se limita a establecer los antecedentes de manera ligera por la cual ha sido emitida. En los dos numerales siguientes, transcribe las normas legales sin análisis alguno. En el cuarto considerando atribuye ilegalmente las funciones de la Superintendencia de Bancos y Seguros a la Contraloría General del Estado. Finalmente se afirma que la falta del informe previo con indicios de responsabilidad penal, en los casos de peculado ha contribuido a la impunidad e inseguridad jurídica. Ante estos argumentos la Fiscalía alega la falta de motivación de la Resolución, conforme lo establecido en el artículo 76 numeral 7 literal “1” de la Constitución de la República del Ecuador. La motivación, es “la garantía normativa de la motivación de las resoluciones no abarca solo a las decisiones judiciales sino a las de cualquier tipo emanadas por el poder público” (Demanda de Inconstitucionalidad, 0053-10-IN, 2010). A criterio de la Fiscalía General del Estado la Resolución no se encuentra debidamente motivada.

#### **2.2.5.6. Vulneración a la seguridad jurídica**

Estas violaciones a la normativa constitucional, a criterio de la Fiscalía General del Estado constituyen una transgresión al derecho a la seguridad jurídica. La Constitución de la República del Ecuador en el artículo 82 manda que “el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 82). Ante la inobservancia de la garantía de motivación (art. 76.7 1) del derecho al debido proceso, del derecho a la seguridad jurídica (art. 82), de las atribuciones conferidas a la Fiscalía General del Estado (art. 195), las funciones de la Contraloría General del Estado (art. 212), la imprescriptibilidad de la acción de la pena

del delito de peculado (art. 233), de la supremacía de la Constitución de la República (art. 424, 425, 426, 427), en lo resuelto por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia a mi entender se está pasando por alto la normativa constitucional.

Por último, la Fiscalía General del Estado argumenta que, al acatar la Resolución de 24 de febrero de 2010, se ignora disposiciones constitucionales y se da preferencia a normas infra constitucionales, las cuales de ser contrarias a la Constitución no se las puede aplicar. Tal como menciona la Fiscalía en su demanda de inconstitucionalidad “cualquier norma que contradiga a la constitución carece de eficacia jurídica y que todas las personas, autoridades e instituciones estamos sujetos a la Constitución de la República” (Demanda de Inconstitucionalidad, 0053-10-IN, 2010).

#### **2.2.5.7.Pretensión de la Demanda de Inconstitucionalidad 0053-10-IN.**

La Fiscalía con esta demanda pretende que se declare la inconstitucionalidad total de la Resolución por contravenir la Norma Suprema. La Corte Constitucional consideró que esta demanda de inconstitucional no cumplió con el requisito previsto en el artículo 79 numeral 5 literal “b” de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que manda que la pretensión debe de incluir “argumentos claros, ciertos, específicos y pertinentes, por los cuales se considera que exista una incompatibilidad normativa” (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, art. 79.5 b), por esta razón Corte Constitucional del Ecuador argumentó que:

... de la formulación de los razonamientos esgrimidos se advierte que el recurrente pretende condicionar la capacidad de absolver consultas no requería interpretación alguna, sin exponer argumentos claros, ciertos, específicos y pertinentes, de los que se pueda colegir la existencia de la incompatibilidad normativa al haber la Corte Nacional, emitido la resolución impugnada... (Auto de inadmisión, 0053-10-IN, 2012).

Lo que la Corte Constitucional negó, en realidad fue que se facilite la persecución del delito de peculado, y al mismo tiempo blindó al tipo penal para que el inicio de un proceso penal por dicho ilícito constituya una dificultad para la Fiscalía General del Estado, por lo que se permitió se continúe con serias vulneraciones a la Constitución de la República del Ecuador y que dichas vulneraciones promuevan la impunidad.

### **2.2.6. Consecuencias de la no aplicación de los requisitos de procedibilidad al iniciar el proceso penal.**

Existen diversas opiniones sobre si los requisitos de procedibilidad deberían estar dados para el iniciar un proceso penal por el delito de peculado, muchas opiniones apuntan a que se deberían eliminar y la Instrucción Fiscal debería iniciar sin necesidad de esperar un informe previo con indicios de responsabilidad penal por parte de la Contraloría General del Estado, pero la realidad es que al momento es de obligatorio cumplimiento contar con dicho informe, y su omisión acarrea ciertas consecuencias en el devenir del proceso penal.

El informe previo con indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado es un requisito de procedibilidad en el caso del delito de peculado, según lo ordena el último inciso del artículo 581 del COIP, por lo que, como se ha explicado anteriormente, al tratarse de un presupuesto de procedibilidad es necesario contar con el mismo para el inicio de un proceso penal.

Debido a las múltiples y confusas Resoluciones emitidas por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia se han dado diversos casos en los que se ha tomado de distinta manera el informe previo con indicios de responsabilidad penal de la Contraloría General del Estado, es por esto que la Fiscalía General del Estado, a través de sus fiscales han perseguido un sinnúmero de delitos de peculado y en algunos casos han contado con el presupuesto de procedibilidad y en otros no, provocando que los jueces declaren la nulidad verbigracia el caso “CACPE-Macará” que posteriormente se lo explicará a detalle.

Pasar por alto un presupuesto de procedibilidad establecido en la norma, constituye una vulneración al debido proceso, el cual es “un modelo ideal de enjuiciamiento, comprensivo de todo un elenco de garantías para el justiciable cuando acude al amparo de los Tribunales de Justicia, o cuando, por cualquier motivo, se ve inmerso en una causa judicial.” (Cabezudo Rodríguez, 2013, p. 111). El debido proceso se encuentra a su vez reconocido internacionalmente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 en sus artículos del 7 al 11, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 en su artículo 14, y regionalmente en América se puede encontrar recogido este derecho en la Convención Americana de

Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969 en sus artículos del 4 al 10, artículos 25 y 27.

El momento en que se incumple con el debido proceso se genera la nulidad procesal, el mismo que es

el remedio jurídico que la ley establece para sanear los defectos o vicios de que adolecen las actuaciones judiciales, cuando irroguen un perjuicio por no cumplir con las formalidades o requisitos exigidos por la ley, en resguardo de los intereses relativos al debido proceso y al derecho de defensa de los intervinientes en el juicio penal. (Núñez Vásquez, 2001, p. 383).

Es decir, al no cumplir con el procedimiento que manda la ley, se debe de corregir dicho error, por lo que, para que dicho acto no sea imperfecto y no afecte al proceso o a los intervinientes en el mismo, se retrotrae el proceso hasta el momento en el cual la autoridad determine, por lo general hasta antes de cometer el error, para retomar desde ese punto el proceso sin ninguna clase de vicios. Como argumentó la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, citada por Núñez Vásquez (2001), “la teoría moderna de la nulidad implica que los actos defectuosos para ser anulables tienen que causar perjuicio, ya que de otra manera se haría tan purista el proceso que se entraría” (p. 386).

Según la doctrina, existen distintas clases de nulidades, generales, especiales, absolutas, relativas y anulabilidades.

Las nulidades generales son aquellas que se encuentran establecidas en la norma de manera plural, determinando las razones por las cuales se la puede aplicar. Las nulidades especiales, como su nombre lo indica, son aquellas que están establecidas para determinados casos que la ley determine, no aplica para todos los casos. Las nulidades absolutas son las que se aplican cuando se ha vulnerado los requisitos de procedibilidad, es decir, cuando se pasó por alto los presupuestos que se debían de tener para poder entablar un proceso penal acorde al debido proceso, vicio que no puede ser saneado. Por último, las nulidades relativas y las anulabilidades son aquellas que son subsanables y que serán declaradas solamente a petición de parte.

En el caso de incumplir con el presupuesto de procedibilidad de contar con el informe previo con indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado en el caso del delito de peculado, se producía una nulidad absoluta, ya que

por emanar de vicios que afecten a los presupuestos procesales o atañer a requisitos esenciales de los actos, son de orden público, y, por ende, deben ser declaradas de oficio por el tribunal en todo estado y grado del procedimiento, y no son susceptibles de convalidación por la aquiescencia o renuncia de las partes, sin perjuicio de que excepcionalmente puedan sanearse en virtud de la autoridad de cosa juzgada emanada de la sentencia firme (Núñez Vásquez, 2001, p. 388).

Coincide con esta acepción Fenech, citado por Núñez Vásquez (2001), declara que

la nulidad absoluta consiste, por lo tanto, en la falta de una circunstancia que, sin tener influencia decisiva en la producción del efecto del acto, se requiere para que esa eficacia se produzca, y cuya subsanación es imposible, de modo que jamás podrá alcanzarse el efecto deseado si el acto no se reproduce (p. 389).

Es decir, la nulidad absoluta que se produce al no contar con los requisitos de procedibilidad mandados por la ley no puede ser subsanados, simplemente sin dichos presupuestos de procedibilidad es imposible continuar con el proceso penal, es más, no es posible iniciar el proceso, ya que el juez unipersonal, al ser concedor del derecho no debería dar paso al inicio del proceso penal por no contar con todos los requisitos que la ley manda para que se inicie el mismo. En el caso de que el juez no de paso al proceso penal por falta del presupuesto de procedibilidad ordenado por la ley emitirá un pronunciamiento en el cual, argumentando falta al debido proceso, se declara la invalidez de todo lo actuado, por lo que se deberá retrotraer las acciones hasta el momento en que fue cometida la irregularidad en el proceso, en este caso se debe de solicitar el informe previo con indicios de responsabilidad penal a la Contraloría General del Estado. Como lo expresa Núñez Vásquez (2001) el juez o el tribunal penal simplemente debe de declarar la nulidad de lo actuado, ya que al tratarse de una nulidad absoluta no puede ser subsanada, y tal como expresa Chioyenda, citado por el mismo Núñez Vásquez (2001) “la sentencia en este caso es “declarativa”, porque se limita a “afirmar una voluntad de ley”, en orden a la invalidez indiscutible del acto viciado de nulidad absoluta” (p. 394).

De igual manera, el juez puede cometer un error y dar paso al inicio del proceso penal sin que la Fiscalía General del Estado cuente con el informe previo con indicios de responsabilidad penal por parte de la Contraloría General del Estado, por lo que ante esto las partes intervinientes pueden hacer uso de los recursos que la ley les provee para expresar su inconformidad con lo actuado por el juez y a petición de parte solicitar la nulidad de lo actuado, esto mediante una impugnación que deberá ser conocida por otros jueces. Esto alargaría el proceso, ya que si bien antes de iniciar el mismo se pudo haber declarado la nulidad de lo actuado y reparar el error para volver a iniciar un proceso penal sin vicios de procedibilidad, se debe esperar a que en la siguiente instancia consideren

dichos argumentos los jueces y decidan retrotraer el proceso para subsanar los vicios presentes y de esta manera se retrasa el accionar de la justicia y se podría dar paso a la impunidad, ya que hasta que se llegue al punto de declarar la nulidad del proceso, el tiempo sigue corriendo y la Contraloría General del Estado solamente tiene siete años para emitir el informe previo con indicios de responsabilidad penal, por lo que se permitiría la prescripción de un delito aparentemente imprescriptible.

## CAPÍTULO III

### 3. Análisis del caso No. 122-11903-2013 “CACPE-Macará”

#### 3.1. Antecedentes

La Cooperativa CACPE-Macará tiene sus orígenes en la ciudad de Macará, provincia de Loja. El 29 de agosto de 1991 un grupo de emprendedores se reunieron para crear la Pre cooperativa de Ahorro y Crédito “Luz de América”, que con el pasar de los años se transforma en la Cooperativa CACPE-Macará, que obtiene la personería jurídica mediante el Acuerdo Ministerial No. 6106 del 26 de noviembre de 1993. Desde la fecha hasta la actualidad ha venido prestando servicios financieros para la comunidad. (CACPE, 2017)

El presente caso data del año 2011, cuando el 19 de diciembre de 2011, el Gerente de la Cooperativa de Ahorro y Crédito de la Pequeña Empresa (CACPE) de la ciudad de Macará, provincia de Loja, presentó una denuncia ante la Fiscalía General del Estado con sede en la ciudad de Macará, por el presunto delito de peculado por parte de algunos funcionarios de la cooperativa, esto da paso a que se inicie con la indagación previa por parte de Fiscalía.

El 21 de enero de 2013 el fiscal a cargo de la investigación previa por el presunto delito de peculado da inicio a la Etapa de Instrucción Fiscal en contra de los señores Víctor Manuel Guamán Guerrero, Juana Paulina Conde Rodríguez, Magaly del Cisne Cueva Luzón, Lenín Bolívar Calva Morocho, Nilda Ibelia Sanmartín Álvarez y Carlos César Rey Guamán, posteriormente se vinculó a Edgar Luzuriaga Moreno.

La Fiscalía General del Estado al haber iniciado la Instrucción Fiscal, es decir, al haber dado inicio al proceso penal por el delito de peculado tomó como elemento suficiente la denuncia del Gerente de la Cooperativa, pero en ningún momento contó o solicitó a la Superintendencia de Bancos y Seguros o a la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria que realice un examen especial, por lo que la interpretación que el Fiscal dio a la Resolución de 10 de noviembre de 2010 de la Corte Nacional de Justicia, fue la de que para el inicio de un proceso penal por delitos que sean cometidos en instituciones del sistema financiero nacional no requerirá informe del ente de control, pero como se expuso en el capítulo anterior, la Resolución de 10 de noviembre de 2010 reza que “no requerirá ningún informe adicional”, lo que da a entender que debe de existir un informe previo y

que “adicional” a dicho informe no se requerirá otro. Claramente esta no fue la interpretación de la Fiscalía General del Estado, por lo que sin el informe dieron inicio al proceso penal.

El 19 de septiembre de 2013 se llevó a cabo la audiencia preparatoria de juicio. Esta etapa, también conocida como etapa intermedia

tiene como finalidad el control judicial de la acusación a pedido de parte con el propósito de evitar la parcialidad, obstinación, subjetividad o arbitrariedad por parte del acusador, cuando del propio acto acusatorio se desprende que sus fundamentos o los elementos en los que se sustentan carecen de entidad suficiente o razonabilidad para considerar meritoria la apertura del juicio contra la persona imputada. (Jauchen, 2013, p. 530)

La audiencia preparatoria de juicio tiene dos momentos: el análisis de la validez del proceso y el análisis del caso en sí. En el momento del análisis de la validez del proceso, por parte de los investigados se alegó vicios de procedibilidad, el principal fue que no se había contado por parte de Fiscalía con el informe previo al inicio de la Instrucción de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria como organismo de control de las cooperativas de ahorro y crédito. Ante esto el juez de la causa desestimó la impugnación, por lo cual declaró la validez de todo lo actuado y dictó el auto de llamamiento a juicio en contra de todas las personas que se les formuló cargos.

En la audiencia preparatoria de juicio se pudo evidenciar que la Resolución de 10 de noviembre de 2010 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia permitió que los operadores de justicia interpreten libremente dicha Resolución, por lo que al entender del juez unipersonal que dirigió la audiencia preparatoria de juicio, no constituía un presupuesto de procedibilidad el informe previo con indicios de responsabilidad penal de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria. La interpretación del juez unipersonal coincide con la del fiscal de la causa, por lo que a su criterio el proceso carece de vicios procesales, por lo cual sumados los elementos de convicción que presentaron en la audiencia la Fiscalía General del Estado, el juez decidió llamar a juicio a los acusados. En caso de que el juez haya interpretado de distinta manera la Resolución de 2010 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, al ser un vicio en el proceso, hubiese declarado la nulidad de lo actuado y se hubiese solicitado que para iniciar dicho proceso la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria emitiera el informe con indicios de responsabilidad penal para poder continuar con el proceso.

El auto de llamamiento a juicio dictado por el juez unipersonal fue impugnado mediante un recurso de nulidad, en el cual se volvió a alegar vicios de procedibilidad por no contar con el informe con indicios de responsabilidad penal por parte de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria. Esta impugnación fue resuelta por los doctores: Leonardo Bravo, Wilson Rodas y Wilson Condoy, Jueces Provinciales de la Sala Penal de la Corte de Loja. Este recurso fue desestimado el 1 de noviembre de 2013, por lo que se declaró la validez de todo lo actuado hasta el momento y el auto de llamamiento a juicio que fue dictado por el Juez de primer nivel quedó ejecutoriado. De igual manera la interpretación que el tribunal que resolvió la impugnación fue la de que no se necesitaba informe de la entidad de control para proceder con el juicio por el delito de peculado, por lo que al rechazar la impugnación que solicitaba la nulidad de lo actuado se dio paso al sorteo del tribunal ante el cual se sustentaría el juicio.

El proceso fue sorteado y el Tercer Tribunal de Garantías Penales conoció esta causa y sustanciaron la etapa de juicio. El 24 de diciembre de 2014 el Tercer Tribunal de Garantías Penales de Loja dictan sentencia condenatoria en contra de 5 acusados (Edgar Edison Luzuriaga Moreno, Juana Paulina Conde Rodríguez, Lenín Bolívar Calva Morocho, Nilda Ibelia Sanmartín Álvarez y Víctor Manuel Guamán Guerrero) y ratificaron la inocencia de dos de los involucrados (Magaly del Cisne Cueva Luzón y Carlos César Rey Guamán).

Se llegó a la sentencia de cinco acusados porque aparte de los elementos de convicción que hayan sido presentados al Tribunal Penal, se contaba con una Resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, la misma que daba cierta flexibilidad al proceso penal, por lo que el debido proceso quedaba sujeto a interpretación de los interesados, lo cual de igual manera no garantizaba la seguridad jurídica contemplada en la Constitución de la República del Ecuador, dando como resultado que el proceso penal que llegó hasta etapa de juicio y con sentencia condenatoria para cinco procesados, pueda haber tenido dos distintas culminaciones y que la manera en la hubieran terminado simplemente dependieran de la interpretación que un juez le dé a una Resolución que no establecía un procedimiento único para iniciar un proceso penal por el delito de peculado.

La sentencia de primera instancia dictada por el Tercer Tribunal de Garantías Penales de Loja fue apelada por todos los sujetos procesales, por lo que le correspondió a la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte de Justicia de Loja resolver

la apelación. En la audiencia de fundamentación del recurso de apelación los procesados se mantienen en su argumento de que no se ha cumplido con el requisito de procedibilidad de haber obtenido un informe previo con indicios de responsabilidad penal por parte de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria previo al inicio de la Instrucción Fiscal. La Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte de Justicia de Loja el 6 de abril de 2015 resuelven declarar la nulidad de todo el proceso a partir del inicio de la Instrucción Fiscal porque no se ha cumplido con el requisito de procedibilidad de contar con un informe previo de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria en la formulación de cargos.

En base a la resolución tomada por parte de la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte de Justicia de Loja se decidió iniciar un proceso penal en contra de los jueces de dicha Sala por el presunto delito de prevaricato, y en lo que respecta al caso se lo envió a la Corte Constitucional de Ecuador, ya que se interpuso una acción extraordinaria de protección por parte del Fiscal que impulsa la causa. Hasta el día de hoy se espera la resolución de la Corte Constitucional del Ecuador, los sujetos procesales se encuentran libres y a los Jueces de la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte de Justicia de Loja se les ha ratificado su inocencia del supuesto delito de prevaricato tanto en primera como en segunda instancia.

Al ver que todo el proceso penal iniciado por la Fiscalía General del Estado fue declarado nulo y por lo tanto se retrotrae hasta el inicio de la Instrucción Fiscal, el Fiscal a cargo del caso consideró que los Jueces del Tribunal Penal fallaron en contra de una norma expresa, ya que tuvieron una interpretación distinta de la Resolución de 10 de noviembre de 2010 emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia. Por lo que aquí se puede apreciar claramente el grave problema causado por la emisión de una Resolución que da paso a la interpretación de cómo se debería llevar a cabo un proceso penal. De igual manera, el fiscal a cargo del caso considera que la Corte Nacional de Justicia puede emitir leyes, cuando en realidad el único órgano facultado para eso es la Función Legislativa, por lo que no se estaría cometiendo prevaricato ya que se vulneraría el principio de legalidad establecido en la Constitución de la República del Ecuador.

### 3.2. Análisis del caso en base a lo resuelto en primera instancia

El proceso penal tiene distintas etapas, previo a su inicio, existe una etapa pre procesal llamada “indagación previa” la misma que inicia de cualquier forma de que haya llegado la *notitia criminis* a conocimiento del titular del ejercicio de la acción penal, que, según nuestro sistema acusatorio, el titular de dicha acción es el Fiscal.

La indagación previa consiste en una etapa pre procesal, no indispensable en la sustanciación del proceso penal. Su apertura y desarrollo depende directamente de la voluntad del fiscal, quien en muchas ocasiones carece de elementos de imputación en contra de los implicados en los actos delictivos que se investigan. (Racines Tobar, 2013, p. 37)

La indagación previa la define Valle Cevallos (s.f.) como

la primera fase de investigación que realiza el fiscal, tomando como antecedentes los hechos presumiblemente constitutivos de infracción penal de acción pública, que por cualquier medio hayan llegado a su conocimiento, con el propósito de establecer la existencia del delito y los presuntos participantes en el mismo. Se caracteriza por su informalidad, agilidad y reserva parcial, aunque al amparo de las garantías del debido proceso. (p. 56)

Con ambos autores coincide Vergara Acosta (2015) quien afirma que la indagación previa es una etapa pre procesal en la cual

la fiscalía en función de órgano de la administración de justicia, frente al conocimiento de la comisión de un presunto ilícito, que a primera impresión se ubica aparentemente como infracción penal, procede a la investigación penal (...) que busca una verificable certeza de los datos proporcionados, que al momento manifiestan duda e impiden iniciar la etapa de instrucción fiscal. (p. 281)

En el caso de que la pena del supuesto delito que se investiga supere los cinco años de prisión, la indagación previa puede durar un máximo de dos años y en caso de que la pena sea menor a cinco años la indagación previa puede durar máximo 1 año. En el presente caso la *notitia criminis* llegó a través de una denuncia del Gerente de la Cooperativa de Ahorro y Crédito de la Pequeña Empresa (CACPE) de la ciudad de Macará. La denuncia presentada es por el presunto delito de peculado, que según el Código Penal vigente en la época se lo sancionaba “*con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años*”. Dicha denuncia se presenta el 19 de diciembre de 2011 ante la Fiscalía General del Estado con sede en la ciudad de Macará. Y es con la denuncia que el Fiscal inicia sus averiguaciones, ya que como lo manifiesta García Valencia (2005)

La actividad de la Fiscalía se dinamiza con la *notitiacriminis*, entonces los elementos materiales probatorios que se recauden o las informaciones o disposiciones que se obtengan no son pruebas en estricto sentido, solo la prueba la que se produce y

controvierte oral y públicamente en forma concentrada con la intermediación del juez en el juicio oral. (p. 49)

En la presente indagación previa el Fiscal a cargo sostiene que de las diligencias investigativas realizadas ha recolectado indicios suficientes para poder formular cargos contra las personas investigadas. La finalidad de la indagación previa es “investigar los hechos presumiblemente constitutivos de infracción penal, que han llegado por cualquier medio a conocimiento del fiscal”(Valle Cevallos, s.f., p. 57).

De lo investigado se desprende un informe de auditoría interna, en dónde se puede evidenciar la existencia de movimientos financieros fraudulentos, ya que se han obtenido créditos a nombre de los propios investigados y de terceros, relacionados a ellos mismos. Se desprende de la indagación previa también las trabas puestas por los directivos de CACPE-Macará para que se realice una auditoría interna a la Cooperativa de Ahorro y Crédito. Esto se obtiene en base a versiones libres y voluntarias, y documentos contables anexos a la auditoría interna realizada.

El fiscal a cargo del caso, una vez enterado del supuesto cometimiento del delito de peculado en la CACPE-Macará realizó las investigaciones correspondientes antes de iniciar un proceso penal, en esta investigación logró obtener un informe de auditoría interna, el cual es distinto al informe que elabora la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, y en base a dicho informe, que no es el requisito que se necesita para iniciar la Instrucción Fiscal según la Resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia de 10 de noviembre de 2010, ya que el informe que debe de indicar los indicios de responsabilidad penal lo debe de realizar el ente de control que ha sido designado mediante la ley, mas no una institución privada que ha sido contratada para realizar dicho control.

Una vez que el Fiscal tenga los elementos de convicción de la existencia de un presunto ilícito, con los indicios recolectados da inicio al proceso, esta primera etapa se la conoce cómo Instrucción Fiscal. Como expresa García Falconí (2012)

La Corte Constitucional de transición, señala que la instrucción fiscal, es la etapa que inicia y desarrolla el representante de la Fiscalía General del Estado, que tiene por objeto la investigación de los elementos de convicción que permitan deducir la existencia del delito, así como las presunciones de participación de los procesados (párr. 17).

En esta etapa procesal, el Fiscal solicita al Juez, día y hora para la audiencia de formulación de cargos. En esa audiencia debe de establecer el tiempo que va le va a tomar

desarrollar la instrucción fiscal, la misma que puede durar máximo noventa días con una prórroga de una sola vez de treinta días, pudiendo prolongar la Instrucción Fiscal hasta por ciento veinte días, por efectos de la reformulación de cargos o de la vinculación de una persona al proceso. En esta etapa el Fiscal puede solicitar medidas cautelares en contra de los investigados, las mismas que pueden ser reales o personales. Como señala Racines Tobar (2013) en su tesis de grado,

La instrucción fiscal (...) consiste en la realización de diligencias investigativas, con el fin de sustentar adecuadamente la potencial fase de juicio, en la que el fiscal utilizará todo el trabajo de la fase instructiva y con el único fin de determinar la existencia material de una infracción y su responsabilidad (p. 9).

Durante el tiempo que dure la instrucción fiscal, el titular del ejercicio de la acción penal debe de realizar diligencias, las mismas que pueden ser: testimoniales, materiales o documentales.

Lo que sucede en la etapa de instrucción fiscal es que se

Concreta la investigación fiscal del proceso penal, limitada por la imputación que hace el Estado por intermedio del Ministerio Público en la resolución de inicio, que determina y establece los elementos configurativos de la conducta que aparecen en el hecho ilícito perseguido, que permite la tipificación y señala presuntamente la norma jurídica infringida y el presunto grado de participación y responsabilidad de los imputados o datos de punibilidad, introduciendo de oficio o a petición de los sujetos y de las partes procesales: los elementos de convicción de cargo y de descargo, bajo el control de legalidad y de respeto a las garantías fundamentales y a los derechos humanos que cumple el juez penal competente. (Vergara Acosta, 2015, p. 323)

En el presente caso el Fiscal a cargo de la investigación previa da inicio el 21 de enero de 2013 a la etapa de Instrucción Fiscal en contra de los señores Víctor Manuel Guamán Guerrero, Juana Paulina Conde Rodríguez, Magaly del Cisne Cueva Luzón, Lenín Bolívar Calva Morocho, Nilda Ibelia Sanmartín Álvarez y Carlos César Rey Guamán, posteriormente se vinculó a Edgar Luzuriaga Moreno. El tipo penal que se imputa a los procesados es el de “peculado”, el mismo que consiste según el artículo 257 del Código Penal de 1971, en haber

abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo, ya consista el abuso en desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante

El tipo penal por el que el Fiscal decide acusar a los procesados es por el delito de peculado. El mismo que contiene varios elementos.

El núcleo de este tipo penal es el verbo abusar, esto es la conducta penalmente relevante. En base a este núcleo se desprenden los demás elementos del tipo penal, los mismos que se encuentran interrelacionados entre sí para poder dar forma al tipo penal que se busca sancionar.

El sujeto activo del tipo penal que se imputa son los sujetos activos, en el caso práctico son las personas que se les acusa, en caso de hallarlas culpables. En el tipo penal de peculado los sujetos activos pueden ser varios, dependiendo si es peculado en el servicio público o en una entidad financiera privada o de economía popular y solidaria. En el caso que nos atañe los sujetos activos según el COIP son “ejecutivos o empleados de las instituciones del sistema financiero nacional que realicen actividades de intermediación financiera, así como los miembros de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades” además de las personas que “obtengan o concedan créditos vinculados, relacionados o intercompañías”

Los sujetos pasivos del presente tipo penal de igual manera dependerían de qué tipo de peculado es, si es peculado público o privado. En el caso de ser peculado público, el sujeto pasivo o afectado por el cometimiento del delito sería la administración pública, la misma que se encuentra establecida en el artículo 227 de la Constitución de la República del Ecuador como “un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación”. En el caso de ser peculado cometido en instituciones del sistema financiero o de economía popular y solidaria como lo es en el presente caso, los sujetos pasivos pueden ser, la entidad financiera afectada, o sí dicha afectación obliga al cierre de la entidad financiera, los sujetos pasivos serían los cuenta ahorristas de dicha entidad financiera.

El bien jurídico protegido es otro elemento del tipo penal, en este caso de igual manera que en los sujetos pasivos y activos, existen dos bienes que se busca proteger, todo depende de si el peculado es público o privado. En caso de ser peculado público, el bien jurídico protegido sería la confianza depositada en los servidores públicos, mientras que, si se tratase de un peculado en una institución financiera, como es el presente caso, el bien jurídico protegido sería el orden económico-social, el mismo que se vería afectado y alterado por las transacciones ilícitas que se llegaran a realizar.

En la audiencia de formulación de cargos, el Fiscal argumenta que se ha obtenido indicios, que abren la posibilidad a la existencia de un posible delito y solicita la aplicación de medidas cautelares personales en contra de los investigados. La solicitud de prisión preventiva como medida cautelar se realizó en base al artículo 167 del Código de Procedimiento Penal (R.O.S. 360, 13-01-2000), el cual enunciaba una serie de requisitos que deben de concurrir para que así el Juez conceda dicha medida cautelar. Las condiciones del artículo 167 del Código de Procedimiento Penal eran las siguientes:

Cuando el juez de garantías penales lo crea necesario para garantizar la comparecencia del procesado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena, puede ordenar la prisión preventiva, siempre que medien los siguientes requisitos:

1. Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública;
2. Indicios claros y precisos de que el procesado es un autor o cómplice del delito; y,
3. Que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año.
4. Indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio.
5. Indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio.

En el auto motivado de la Instrucción Fiscal del Juez Séptimo de Garantías Penales de Loja con sede en Macará se dicta auto de prisión preventiva en contra de Edgar Edison Luzuriaga Moreno, esto como una medida cautelar personal, y de igual manera se aplica una medida cautelar real ya que se ordena la prohibición de enajenar bienes, hasta la cantidad de quinientos mil dólares de los Estados Unidos de América. Esta medida cautelar real se la hace extensiva a los demás procesados.

El accionar del fiscal en esta etapa del proceso demuestra que en la investigación previa y en la Instrucción Fiscal logró recabar elementos que en primer lugar lo convencieron a él de que se ha cometido el peculado en la CACPE-Macará, y en segundo lugar que la interpretación que el Fiscal le dio a la Resolución de 10 de noviembre de 2010 la aceptó el juez unipersonal que mediante su auto de prisión preventiva demostró que interpretaba la Resolución antes mencionada en el sentido de que no se requiere ningún informe para iniciar un proceso penal por el delito de peculado en las instituciones del sistema financiero nacional. Esto pudo haber variado, dependiendo del criterio del juez, ya que esa Resolución permitía la interpretación de su contenido.

El 19 de septiembre de 2013 se da paso a la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, también conocida en la doctrina como la etapa intermedia del proceso.

Para poder explicar qué abarca la etapa intermedia, la cual consiste en una audiencia de evaluación y preparatoria de juicio es importante definir la palabra audiencia, que Cabanellas de Torres (2008) explica que es la “recepción del soberano o autoridad elevada para oír las peticiones que se le formulan, ser objeto de cortesía o cumplimientos, o resolver algún caso” (p. 41).

#### A la etapa de evaluación y preparatoria de juicio

La integran los actos procesales que sirven para determinar que en el proceso penal de acción pública se suspende temporalmente la investigación en un plazo legal establecido, a fin de preparar técnicamente la nueva etapa de juicio, que se adopta seguir en el auto resolutorio expedido, en que se evalúa la existencia del hecho delictual investigado y la responsabilidad de los partícipes criminales imputados. (Vergara Acosta, 2015, p. 393)

Este es el caso que en la audiencia que se lleva a cabo el juez tiene que escuchar la exposición del titular de la acción penal, quien procederá a acusar a todas las personas que ha estado investigando, una parcialidad de las mismas o en su defecto puede abstenerse de acusar. En caso de abstenerse de acusar a todos los procesados o a algunos de ellos el Fiscal emitirá un dictamen, en el cual fundamentará la razón de no acusar a los procesados. De igual manera el Juez está en la obligación de escuchar a la defensa de las personas investigadas que se pretende llevar a juicio. En esta etapa se da un debate entre ambas partes. La Fiscalía expondrá sus razones para que las personas investigadas que crea pertinente sean llamadas a juicio, esto lo hará con los elementos obtenidos durante lo que duró la Instrucción Fiscal. De igual manera los abogados defensores deberán exponer sus argumentos por los cuales consideran que sus defendidos no deben de ser llevados a juicio y por lo tanto deben de ser sobreseídos de la causa penal. Es preciso tomar el concepto que tiene Carrera (2010), quien manifiesta que:

la audiencia preparatoria de juicio, entreabre las puertas de la verdad donde se pone a disposición del juez el principio de objetividad, la trascendencia de la investigación realizada, o el principio de la verdad integral de los hechos que van a juzgarse, para que el juez, decida sobre parámetros posibles de sana crítica y probidad, iniciando desde este momento, la cadena de seguridad jurídica que se materializa en su pronunciamiento según valoraciones de los resultados obtenidos en esta audiencia preparatoria del juicio, de ahí nace la importancia de este momento procesal, considerado dentro del presente trabajo, como un instante supremo para la decisión posterior. (p. 20).

La audiencia de evaluación y preparatoria de juicio tiene dos momentos, el primero es el análisis de la validez del proceso; y, el segundo es el análisis del caso en sí, es decir que todo lo actuado por Fiscalía debe ser actuado por el Juez.

Estas dos fases concuerdan con las finalidades de la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, que según Vergara Acosta (2015) son las de “garantizar que se cumplan los derechos fundamentales, buscando que los sujetos procesales respeten las garantías constitucionales y legales que rigen en la causa penal controlando y evitando los excesos y las arbitrariedades de la Policía Nacional y de la Fiscalía” así como la finalidad de establecer “una forma de control del derecho a la tutela jurídica efectiva que tienen los titulares del ejercicio de la acción penal pública” y la finalidad de “impedir la continuación de procesos penales innecesarios por no haberse comprobado indicios de la infracción y de los copartícipes criminales que se ha procesado” (p. 399).

Tanto en la legislación histórica, como lo es el Código de Procedimiento Penal que se encontraba vigente cuando se inició el proceso por el supuesto delito de peculado denominado caso “CACPE-Macarará”, como en la legislación vigente, que es el Código Orgánico Integral Penal, se determina la misma finalidad de la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, el propósito que comparten es que se busca conocer y resolver sobre los vicios de procedibilidad, prejudicialidad, competencia y procedimiento y establecer la validez procesal.

En la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio los abogados de la defensa técnica de los procesados alegaron ante el Juez de Garantías Penales

que para iniciar la instrucción fiscal se debía ver primeramente si se han cumplido con los requisitos que la ley establece para ver si se configura la figura del peculado, caso contrario no debía darse inicio a la instrucción fiscal; que el señor Fiscal en el momento en que se enteró del cometimiento de este delito, debió primeramente comunicar a la Contraloría General del Estado, para que realice los exámenes correspondientes y esto el señor Fiscal no cumplió (Tercer Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Loja de la Provincia de Loja, 11903-2013-0122, 2014)

Esto es un vicio de procedibilidad, a pesar de que lo confunden con un vicio de prejudicialidad, el mismo que era la falta de un informe previo sobre indicios de la responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado.

En esta audiencia la defensa técnica de uno de los procesados alega reiteradamente que existe prejudicialidad, pero en sus escritos se refiere al requisito de procedibilidad, por ende, confunde procedibilidad con prejudicialidad, cuando la doctrina claramente expresa que

la ley penal para tipificar los diversos delitos, determinar la responsabilidad penal y la mayor o menor pena aplicable al imputado, se vale no sólo de conceptos fáctico-jurídicos

propios del Derecho Penal, sino que también de nociones pertenecientes a otras ramas del Derecho, y aun de expresiones metajurídicas definidas en otras especialidades científicas. (Núñez Vásquez, 2001, pp. 133, 134)

Por lo que la prejudicialidad y los requisitos de procedibilidad son totalmente distintos. La prejudicialidad requiere que antes de iniciar un proceso penal se haya cumplido con un proceso judicial en el cual se establezca que se puede iniciar un proceso penal, mientras que los requisitos de procedibilidad son presupuestos que se debe tener antes de iniciar un proceso penal, no se necesita de un proceso judicial anterior para hacerlo, solamente los requisitos que manda la ley.

Al finalizar la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio el juez de garantías penales pudo haber tomado tres decisiones: a) Si el juez consideraba admisible la alegación por parte de la defensa técnica de que existía un vicio de procedibilidad podría haber declarado la nulidad de todo lo actuado, lo cual hubiese retrotraído todo lo actuado hasta la etapa de instrucción fiscal para que así Fiscalía empiece de nuevo la acción penal cumpliendo dichos requisitos y así llevar el proceso sin vicio alguno, b) otra posibilidad de terminar con esta audiencia es con el auto de llamamiento a juicio, cual sería un auto motivado en donde el juez identificaría los procesados que van a comparecer a juicio, los hechos y delitos que se les imputa, evidencias, grado de participación, las medidas cautelares que considerase necesarias aplicar, en caso de que hubiesen existido acuerdos probatorios y las pruebas que se anunciaron, c) por último, el juez pudo haber otorgado el sobreseimiento a los procesados, en caso de que la exposición de Fiscalía no hubiese probado y convencido en su totalidad al juez de que los procesados tuvieron participación en el supuesto ilícito por el cual se los investiga.

En el presente caso práctico el juez decidió que no existía ningún vicio de procedibilidad, ya que según su criterio no se requería ningún informe previo de la Contraloría General del Estado, por lo que llamó a juicio a los procesados. El auto de llamamiento a juicio se dicta cuando

el juez de garantías constitucionales, considera que existen elementos que comprometen al inculpado, autores o cómplices, cuando los hechos en su valoración justa, permiten establecer la existencia de hechos dañosos surgidos de la investigación, es decir que si no se dan los elementos razonables, idóneos, transparentes sobre la existencia de una infracción o un delito, no puede la autoridad competente, dictar un auto de llamamiento a juicio. (Carrera, 2010, p. 54)

Es decir que el juez que dicta el auto de llamamiento a juicio presume la participación de los procesados en el cometimiento del ilícito, ya que esto va más allá de meros indicios o

supuestos, ya que debe de manifestar de manera clara los nombres de las personas que van a ser llamadas a juicio y especificar el delito que se les imputa.

Ante esto la defensa técnica de los procesados impugna el auto de llamamiento a juicio mediante un recurso de nulidad, alegando que se está llamando a juicio a los procesados sin haber cumplido con el requisito de procedibilidad del informe previo de la Contraloría General del Estado.

Como manifiesta Carrera (2010) en su tesis de maestría:

Para apelar del auto de llamamiento a juicio, se requiere que la parte que se sienta afectada, crea que se ha violentado alguna norma, procedimiento o que la apreciación del juez de garantías constitucionales, no fue apegada a derecho y que por lo mismo, se encuentra violentada su legítima defensa, ante lo cual, puede recurrir a la autoridad inmediata superior, quien de encontrar anomalías que determinen la irregularidad y que por lo tanto no existe respeto al debido proceso, acepta la recurrencia con el auto de llamamiento a juicio, siempre que el recurso, haya sido interpuesto en la forma y condiciones que establece la ley procesal penal. (p. 53).

Esta impugnación sube a la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja, en donde los jueces manifiestan en su *ratio decidendi* de que

Se hace necesario dejar bien en claro que en el presente caso no era necesario contar con un pronunciamiento previo de la Contraloría General del Estado, toda vez que, la Cooperativa no es un Organismo del Sector Público ni privado con financiamiento estatal, conforme los Arts. 211, 225 y 315 de la Constitución de la República del Ecuador, y los Arts. 2 y 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, y que en forma equivocada de la defensa del Ing. Víctor Manuel Guamán Guerrero, alega que este hecho es una cuestión de prejudicialidad, confundiendo evidentemente con la procedibilidad (Tercer Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Loja de la Provincia de Loja, 11903-2013-0122, 2014)

En este pronunciamiento de la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja, se puede evidenciar que los tres jueces que conforman la Sala interpretan la Resolución de 10 de noviembre de 2010 de la manera en la cual solamente para delitos en instituciones que se encuentren bajo la supervisión de la Contraloría General del Estado se requerirá informe previo con indicios de responsabilidad penal, y en el caso de la CACPE-Macarará, al ser una institución que se encuentra bajo el control de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria no requiere informe para iniciar el proceso penal. Dos de los tres jueces que resolvieron esta impugnación más adelante cambian el criterio de interpretación de la misma Resolución, por lo que se sigue evidenciando la falta de precisión del Pleno de la Corte Nacional de Justicia al emitir una Resolución en la cual no estén claras las directrices a seguir en el caso del delito de peculado.

La siguiente etapa en el proceso penal luego de dictado el auto de llamamiento a juicio es la etapa en la que se lleva a cabo la audiencia de juicio frente al Tribunal de Garantías Penales. En el juicio tal como lo indica el artículo 610 del COIP, rigen

los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción en la actuación probatoria. Asimismo, en su desarrollo se observarán los principios de continuidad del juzgamiento, concentración de los actos del juicio, identidad física de la o el juzgador y presencia obligatoria de la persona procesada y de la o el defensor público o privado, con las salvedades del juzgamiento en ausencia previstas en la Constitución.

El juicio se sustenta ante un tribunal, que está compuesto por un juez ponente y dos jueces sustanciadores. El juez ponente tiene que avocar conocimiento y convoca a la audiencia. La audiencia que llama el juez se la convoca con la prueba que se va a evacuar. Nuestro sistema penal especifica que las audiencias son orales, públicas y contradictorias. La audiencia de juicio tiene tres partes.

El autor Vergara Acosta (2015) manifiesta que “durante la etapa de juicio las partes procesales contendientes (sujetos procesales), presentan pruebas y alegan la teoría del caso que ha delineado, y utilizan necesariamente las técnicas de litigación oral” (p. 428).

La audiencia inicia con los alegatos de apertura, que es la teoría del caso, es decir, la proposición fáctica presentada por cada una de las partes que se probará en la audiencia. Luego de la teoría del caso se recibe el testimonio de la víctima, en caso que así se lo requiera.

Luego se debe producir los medios de prueba, solamente la prueba que haya sido anunciada en la audiencia preparatoria de juicio. La prueba testimonial “es la declaración o relato que realiza la víctima, el procesado, los testigos y peritos, respecto de la veracidad y las circunstancias de los hechos”(Villacís Soria, 2016, p. 46). En esta parte del proceso se escuchará a los testigos. Si el testigo no se va a hallar en la audiencia se puede pedir testimonio anticipado o mediante videoconferencia. En caso de no encontrarse el testigo se suspenderá la audiencia hasta por diez días, y en caso de no presentarse el testigo dentro de los diez días, no se tomará en cuenta su testimonio. El juez simplemente debe de escuchar la exposición de los testigos, que serán examinados tanto por Fiscalía, acusación particular en caso de haberla y por los abogados defensores. El juez debe limitarse a hacer preguntas aclaratorias. La prueba documental es “todo documento público o privado que esté directamente relacionado con el objeto del juicio”(Villacís Soria, 2016, p. 46). También dentro de esta etapa de la audiencia se puede presentar la prueba material que

son “los vestigios, objetos e instrumentos, así como los videos, grabaciones u otros medios similares relacionados con la infracción”(Villacís Soria, 2016, p. 47). Luego el procesado puede dar su declaración libre y voluntaria, la misma que es sin juramento.

La parte final de la audiencia concluye con el alegato de clausura, en la cual se busca armonizar la teoría del caso con las pruebas. El Fiscal en esta parte de la audiencia puede acusar o abstenerse de acusar, por su parte el procesado solicitará la ratificación de su inocencia. La audiencia no puede suspenderse en el momento que los jueces entran a deliberación. La resolución debe de ser emitida en ese momento de manera oral.

En el juicio No. 11903-2013-0122 se recibió varios testimonios de trabajadores de la Cooperativa “CACPE-MACARÁ”, esto dentro de la prueba testimonial por parte de Fiscalía, además de un informe de auditoría interna, el mismo que consta dentro de la prueba documental empleada para demostrar que en la Cooperativa “CACPE-MACARÁ” se realizaban transacciones irregulares, es decir que las personas acusadas se aprovechaban de los dineros de los cuenta ahorristas, por lo que mediante la prueba producida en la audiencia por parte de Fiscalía se busca adaptar la conducta al tipo penal que se le imputa.

Una vez concluida las partes de la audiencia el Tribunal de Garantías Penales con Sede en el Cantón Loja de la Provincia de Loja llegó a la decisión de declarar la culpabilidad de cinco acusados y ratificando la inocencia de dos procesados. En la sentencia para los cinco procesados que fueron hallados culpables por parte del Tribunal de Garantías Penales se les impuso una pena de ocho años de reclusión mayor ordinaria, ya que, según el criterio del Tribunal de Garantías Penales, Fiscalía logró probar su participación en el ilícito investigado.

Ante la decisión del Tribunal de Garantías Penales de Loja los procesados interpusieron el recurso de apelación, el cual consiste en que el proceso lo conozca el inmediato superior, en este caso le correspondió a la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja.

### **3.3. Análisis del caso en base a lo resuelto en segunda instancia**

Una vez conocida la decisión del Tribunal de Garantías Penales de Loja, los sentenciados no conformes con la sentencia otorgada por el Tribunal interponen un recurso vertical, es decir, apelaron.

La apelación, como lo manifiesta Mejía Salazar (2009), es “aquella vía de impugnación ordinaria por medio de la cual, una parte solicita que el superior jerárquico revise la actuación del inferior o subordinado, pretendiendo su revocación, reforma o sustitución” (p. 40).

De igual manera podemos definir a la apelación como el

Medio procesal de impugnación, de carácter regular u ordinario, por el cual se faculta a quien se encuentre obligado al cumplimiento de una determinada resolución judicial para que, dentro de cierto lapso de tiempo, acuda al superior jerárquico del que la dictó, a objeto que la modifique o revoque por agravante a sus derechos. (Muñoz, 2004, p. 48)

El autor Vergara Acosta (2015) manifiesta que:

El recurso de apelación consiste en la impugnación total o parcial de la parte procesal a cuestiones fácticas y jurídicas contenidas en la resolución dictada sobre lo principal por el juez a quo en un proceso penal, que se reputan ilegales e injustas para que las conozca y revise el juez superior, al que se faculta realizar con vista de lo actuado, que tiene delimitada la competencia por la traba de la litis y por los puntos de materia de reclamo del recurrente, que le causan agravio en su situación jurídica, persiguiendo una mejor justicia, originariamente mediante el acto de alzada. (p. 555)

El derecho de los sentenciados en un proceso penal a recurrir de dicho fallo también se lo puede encontrar en el Protocolo No. 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 22 de noviembre de 1984, donde se señala que:

Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tiene derecho a que la declaración de culpabilidad o de condena sea revisada por una jurisdicción superior. El ejercicio de este derecho, incluidos los motivos por los que puede ser ejercitado, se regularán por ley.

En el presente caso, los sentenciados haciendo uso del recurso que se encontraba a su disposición deciden que el juez superior analice nuevamente los hechos, las pruebas y todo lo actuado hasta ese momento en el juicio llevado a cabo ante el Tribunal de Garantías Penales. El recurso de apelación es un recurso ordinario vertical, el mismo que simplemente es solicitar a nuevos jueces que revisen el proceso para confirmar la decisión del primer tribunal o modificar la misma.

En la apelación presentada por parte de los abogados de la defensa técnica de los acusados se insiste en la falta de requisito de procedibilidad, entendido como el informe previo del respectivo órgano de control con indicios de responsabilidad penal en contra de los acusados.

Al conocer de la apelación, la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja y realizar la respectiva audiencia, en donde de igual manera que en primera instancia se desarrollan las intervenciones tanto de Fiscalía como de la defensa técnica de los procesados, declaró la nulidad de todo lo actuado hasta ese momento procesal y ordenó que se retrotraiga todo lo actuado hasta el inicio de la Instrucción Fiscal, todo esto a costa del Fiscal a cargo de la investigación.

El razonamiento de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja para declarar la nulidad en el proceso fue la falta del informe previo con indicios de responsabilidad por parte del ente regulador de la Cooperativa CACPE-Macará, con lo cual se vulnera el debido proceso, contemplado en la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 76.3 y de igual manera la seguridad jurídica prevista en el artículo 82 del mismo cuerpo normativo.

Para la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja se debía requerir un informe de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, la misma que considera que es el ente de control de las cooperativas a nivel nacional, como lo manda la Constitución de la República en su artículo 309 en donde se establece la diferencia el sistema financiero nacional en público, privado y del popular y solidario. Según el artículo 309 de la Constitución de la República “cada uno de estos sectores contará con normas y entidades de control específicas y diferenciadas, que se encargarán de preservar su seguridad, estabilidad, transparencia y solidez”. De igual manera en el artículo 311 de la Constitución se especifica qué entidades componen el sistema financiero popular, la cuales son las “cooperativas de ahorro y crédito, entidades asociativas o solidarias, cajas y bancos comunales, cajas de ahorro”. Por ende, se entiende que la entidad de control de la Cooperativa CACPE-Macará es la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria.

En otra de las partes de la decisión de la Sala Penal en la sentencia que es materia de análisis, los jueces determinan que para haber dado inicio a la fase de Instrucción Fiscal se requería un informe previo con indicios de responsabilidad por parte de la

Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, puesto que sería un requisito de procedibilidad. Este razonamiento se da en base a la Resolución de la Corte Nacional de Justicia (R.O. 336, 08-12-2010), la cual en su artículo único dispone que

para el ejercicio de las facultades que según la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero le compete a la Superintendencias de Bancos y Seguros, la Fiscalía General del Estado, para el inicio de la acción penal por los delitos financieros, no requerirá ningún informe adicional, sin perjuicio de ejercer las demás atribuciones que le confiere la ley, cuando conozca, de cualquier manera, de la perpetración de alguna infracción de esta naturaleza.

La Fiscalía al no haber contado con dicho informe, según el razonamiento de la Sala Penal se está vulnerando el derecho al debido proceso. Esto basándose en el artículo 76.3 de la Constitución de la República del Ecuador en donde se manda que:

Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

Por lo que si se tomaría en cuenta la Resolución de la Corte Nacional de Justicia, en donde se manda que para el inicio de procesos penales por el delito de peculado no se requerirá un informe adicional por parte de las instituciones encargadas de control de las entidades del sistema financiero nacional, se entendería que el titular de la acción penal debe de seguir los pasos establecidos por las normas procesales establecidas para el caso de iniciar una acción penal por el supuesto delito de peculado.

Adicional a esto en el momento en que fue emitida la sentencia declarando la nulidad de todo lo actuado en el proceso, ya se encontraba en vigencia el Código Orgánico Integral Penal, que si bien no fue iniciado el proceso con dicho cuerpo normativo, en el COIP en el último inciso del artículo 581 prescribe que “para el ejercicio de la acción penal, por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, constituye un presupuesto de procedibilidad que exista un informe previo sobre indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado”, eso obligó al razonamiento de la Sala Penal, ya que como mencionan en su sentencia “lo que antes fue regulado mediante Resolución de la Corte Nacional de Justicia, ahora está determinado mediante norma expresa”.

Otro de los puntos analizados por la Sala Penal en su sentencia es la violación a la seguridad jurídica, establecida en el artículo 82 de la Constitución de la República, en

este artículo se dispone que “el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”. De igual manera se dispone que se deban de respetar el procedimiento y normas vigentes para llevar a cabo un proceso. Por lo que se debía de cumplir lo mandado en la Resolución de la Corte Nacional de Justicia respecto al requisito de procedibilidad.

Al tratarse de un requisito de procedibilidad nos manifiesta Carrera (2010) que

es el juez de garantías penales quien decidiría con apego a la doctrina, jurisprudencia y ley, sobre las cuestiones relacionadas con las formas de procedimiento que eventualmente pueden afectar la validez del proceso, como son, si se quiere entregar confianza en la administración de justicia penal ecuatoriana, determinar el debido proceso, probidad, idoneidad, entonces, las actuaciones de la autoridad, deben evitar fundamentalmente, las violaciones a los principios universales del Derecho Penal y Procesal Penal, los principios constitucionales, relacionados con el respecto a los derechos humanos, al debido proceso y a toda normativa que permita la entrega de una justicia, oportuna, transparente, ágil y veraz. (p. 27).

Esto se encuentra en estrecha relación con el razonamiento de los jueces de la Sala Penal, ya que son los encargados de velar por las formas relacionadas con el proceso que puedan afectar su validez, y al considerar la Resolución de la Corte Nacional de Justicia como una resolución que exige un requisito previo al inicio de un proceso penal por el supuesto delito de peculado, sin el cual no podría haberse iniciado la Instrucción Fiscal.

La Sala Penal en su *ratio decidendi* explica que interpretan la Resolución de la Corte Nacional de Justicia en la parte que dice “informe adicional” en donde la Sala manifiesta que

cuando dice INFORME ADICIONAL, reparamos en este término ADICIONAL, que, aparentemente parece insignificante, y concluimos que debe existir un informe del Organismo de Control respectivo, sea este Contraloría General del Estado, Superintendencia de Bancos o Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, dependiendo del escenario en donde se hayan dado los hechos presumiblemente constitutivos del delito de peculado, y aparte de este informe ya no se necesita ningún informe ADICIONAL, es decir, el de la Contraloría General del Estado, cuando se trata de Bancos Privados y Cooperativas de Ahorro y Crédito

Luego de analizado el criterio utilizado por la Sala Penal para poder conocer su decisión se deduce que al tener una resolución que acatar por parte de la Corte Nacional de Justicia, la Sala Penal interpretó dicha resolución al no encontrarse redactada de una manera en la que no deje lugar a dudas. Además de que considerando el actuar de los jueces que integraban la Sala, en casos anteriores habían sido del criterio de solicitar como requisito

de procedibilidad contar con el informe con indicios de responsabilidad por parte del órgano de control del ente a ser regulado.

Ante esta interpretación de la Sala Penal de la resolución de la Corte Nacional de Justicia se estaría violando el debido proceso como ya se lo comentó anteriormente, por lo que la Sala Penal de Loja decidió aplicar un remedio procesal al caso, el cual es declarar la nulidad de todo lo actuado hasta ese momento. Este razonamiento de llegar a la nulidad de todo lo actuado se da en base al artículo 330 del Código de Procedimiento Penal vigente a la época el cual disponía que

- Habrá lugar a la declaración de nulidad, en los siguientes casos:
1. Cuando el juez de garantías penales o el tribunal de garantías penales hubieren actuado sin competencia;
  2. Cuando la sentencia no reúna los requisitos exigidos en el artículo 309 de este Código;
  - y,
  3. Cuando en la sustanciación del proceso se hubiere violado el trámite previsto en la ley, siempre que tal violación hubiere influido en la decisión de la causa.

Con esto al no haberse iniciado la etapa de Instrucción Fiscal con el informe previo con indicios de responsabilidad por el ente de control a cargo de dicha institución financiera se estaría recayendo en la causal tercera de nulidad del artículo antes mencionado, por lo que la Sala Penal de Loja tomó dicha decisión.

Dicha decisión fundamentada a su vez en el artículo 331 del Código de Procedimiento Penal, el mismo que manda que:

Si al momento de resolver un recurso, la Corte respectiva observare que existe alguna de las causas de nulidad enumeradas en el artículo anterior, estará obligada a declarar, de oficio o a petición de parte, la nulidad del proceso desde el momento en que, se produjo la nulidad a costa del funcionario u órgano jurisdiccional que la hubiere provocado.

Sin embargo, se declarará la nulidad solamente si la causa que la provoca tuviere influencia en la decisión del proceso.

Si se hubiere omitido algún acto procesal necesario para la comprobación de la existencia de la infracción, en cualquier etapa del proceso, se mandará a que se lo practique, sin anularlo.

Las impugnaciones que se dan en el caso solicitando la nulidad

constituyen el mecanismo de impugnación en que la parte procesal compareciente acusa el vicio in procedendo de la violación de solemnidades sustanciales, del trámite de la vía que se relaciona con la clase de procedimiento, y de otras formalidades que violentan principios y derechos sustanciales de los litigantes y las garantías tuteladas, que están determinados en la Ley, en especial es el derecho de defensa, que incide en la decisión de la causa, que reconoce la falta de idoneidad y sanciona con la invalidez o la ineficacia jurídica del proceso penal, total o parcial, como también de los actos procesales

irregulares que se han introducido, para que dejen de tener valor jurídico. (Vergara Acosta, 2015, p. 565)

En el presente caso práctico la falta del informe previo con indicios de responsabilidad por parte del ente de control de la Cooperativa CACPE-MACARÁ, tuvo una incidencia en la decisión del proceso, ya que con dicho informe se debía de verificar que existía anomalías en dicha institución financiera, pero al haber llegado la *notitia criminis* en forma de una denuncia a la Fiscalía General del Estado, sin contar con ningún informe de auditoría por parte de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, el Fiscal a cargo del caso debió de haber solicitado a la Superintendencia la realización de dicho informe, ya que al ser el ente encargado del control de las cooperativas de ahorro y crédito, debió de estar al tanto de cualquier anomalía que sucediese dentro de dicha entidad financiera, y con dicho informe Fiscalía hubiera tenido una idea de lo que sucedía para así poder iniciar formalmente el proceso penal.

La *ratio decidendi* de la Sala Penal de Loja trata lo que es el respeto a las formas procesales con la aplicación de los artículos que citan y además con sus argumentos. Para Binder (2000)

las formas procesales son para el fiscal mecanismos de orden para el cumplimiento de sus funciones. Regulan su actividad en el proceso y objetivan su actuación, pero no introducen una función distinta de la defensa de la tutela judicial o la garantía de los principios de protección del imputado. Fórmulas de orden que forman parte del principio de objetividad y encauzan su actividad por la senda de la ley. (p. 132).

Respecto a la nulidad Binder (2000) explica que es “la pérdida de los efectos propios de un acto procesal por su realización defectuosa, es decir, violando las percepciones legales que regulaban su forma de producción” (p. 108).

Lorences (2005), en su libro “Nulidades en el proceso penal” afirma que

Debe entenderse por nulidad procesal todo vicio dentro del proceso, referido a sus aspectos fundamentales, que le impiden lograr el fin para el que fue previsto, de forma tal que el acto quede desnaturalizado para su cometido: “Nulidad Procesal”. La que impide que el acto del proceso, por padecer de un vicio en sus aspectos fundamentales, pueda lograr el fin para el que estaba previsto. (pp. 131,132).

La decisión tomada por la Sala Penal de Loja fue la de la nulidad porque como explica Carrillo (2008), en su tesis de maestría

el acto procesal existente no surte por sí sólo y de manera automática los efectos contemplados en la ley, pues para ello es imperioso que cumpla con las formalidades que se han establecido con miras a permitir el cabal ejercicio del derecho de defensa, pilar básico del derecho fundamental al debido proceso. Siempre que la violación de las formas

procesales conlleve la vulneración de los derechos de los sujetos que participan en el proceso, los actos que adolezcan de tal irregularidad no podrán considerarse válidos.

Por todo lo anteriormente expuesto, es que la Sala Penal de Loja toma la decisión de declarar la nulidad de todo lo actuado en el proceso, basándose en la resolución de la Corte Nacional de Justicia, interpretando la misma, lo cual permite que su interpretación de como resultado la necesidad de un informe con indicios de responsabilidad por parte de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, lo cual conlleva a la vulneración del debido proceso y por tanto a encajar en una de las causales de nulidad prescritas en el Código de Procedimiento Penal de la época, retrotrayendo todo el proceso hasta su etapa inicial, la misma que es la Instrucción Fiscal.

El presente caso por la falta de cumplimiento de requisitos de procedibilidad se encuentra retrasado, ya que, al retrotraerse todo el proceso, Fiscalía debe de formular nuevamente cargos e iniciar nuevamente todo el proceso, esto genera retrasos en la administración de justicia y promueve la impunidad, debido a que muchas de las veces como en el presente caso, Fiscalía no ha vuelto a formular cargos y el caso queda sin resolver.

En la actualidad ya no se requiere un informe previo con indicios de responsabilidad penal para dar inicio a un proceso penal por el delito de peculado, siempre y cuando se trate de delitos contra el Sistema Financiero. Esto gracias a una nueva resolución emitida por la Corte Nacional de Justicia, la Resolución 08-2015 (R.O. 539, 09-07-2015) en donde se manifiesta que Fiscalía puede iniciar el proceso sin importar la forma en la que ha conocido de la perpetración del delito. Lo que aún se mantiene en la normativa vigente es que, para el delito de peculado público, sí se requiere un informe previo con indicios de responsabilidad penal, emitido por parte de la Contraloría General del Estado.

Acorde a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado en su artículo 39 se determina que “la Contraloría General del Estado, tendrá potestad exclusiva para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal.”

En este punto luego de analizado qué es el peculado y sus diversa clases y elementos del tipo, podemos concluir que existe una disposición contradictoria para referirse a un mismo delito que prácticamente es igual en sus elementos de tipo. Se da un tratamiento al peculado público y uno distinto al peculado financiero. Esto da lugar a que sea mucho más difícil poder iniciar una investigación por peculado público, ya que el mismo Estado

tendría que acusarse a sí mismo, pero existiría indicios que guíen al Fiscal en su investigación.

Por lo antes expuesto se puede apreciar que la Sala Penal de Loja consideraba que los entes de control de las Cooperativas de Ahorro y Crédito debían de informar de cualquier irregularidad, al no hacerlo, se incurrió en una falta al proceso ocasionando nulidad. Si bien se ha querido en la actualidad subsanarlo con la emisión de una nueva resolución, se hace un trato diferenciado a los tipos de peculado, lo cual vulnera el principio de igualdad formal y material que se debe de tener.

Si bien en la actualidad solamente se requiere el informe previo con indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado como requisito de procedibilidad para iniciar un proceso penal por el delito de peculado en las instituciones públicas que se encuentren bajo la supervisión de ese ente de control, esto ocasiona de igual manera un retraso en la justicia y muchas veces la impunidad, como ya se explicó anteriormente, porque la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado vuelve prescriptible un delito que según la Constitución de la República es imprescriptible. Ante esto de igual manera se está tratando de reformar el artículo de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado donde se menciona que dicha institución solamente tiene siete años para emitir el informe con indicios de responsabilidad penal. Este esfuerzo no es suficiente, ya que de igual manera va a existir una traba para perseguir los delitos de peculado en las instituciones públicas, en caso de que la Contraloría decida no pronunciarse acerca de un caso en una institución que se encuentra bajo su control, dicho caso nunca llegará a un proceso penal, por lo que se estaría permitiendo la impunidad.

El razonamiento del legislador que propone la reforma al artículo 71 de La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado es que el peculado se podrá perseguir en cualquier momento desde que la Contraloría emita el informe, pero eso atenta contra la celeridad en la administración de justicia, permite que los infractores tengan tiempo suficiente de fugar o de poner a buen recaudo los bienes y recursos que han sido mal utilizados para obtener beneficios personales y que claramente afectan a la buena administración del Estado.

Para poder tener un sistema de justicia en el cual haya celeridad y cero impunidad es necesario abolir este requisito de procedibilidad, debido a que el peculado es un delito originado por la corrupción, lo cual demuestra que en su cometimiento se maneja grandes

sumas de dinero que pueden ser útiles para obtener influencias y de cierta manera si dicho informe sigue siendo requisito indispensable para iniciar un proceso penal, se puede retrasar su elaboración y permitir que los responsables queden libres y disfrutando de todo lo que han logrado abusando del patrimonio del Estado.

De igual manera al abolir dicho presupuesto de procedibilidad se estaría devolviendo a la Fiscalía General del Estado su función principal, la de perseguir los delitos, mucho más si son de acción pública, ya que de esta forma se condicionaba el actuar de la Fiscalía, sin importar que dicha entidad sea la titular de la acción penal en el país. Esto de igual manera permitiría que la Contraloría General del Estado se apegue a sus funciones otorgadas por la Constitución de la República, por lo que podrá seguir elaborando sus informes con indicios de responsabilidad penal en caso de encontrar irregularidades en las instituciones que se encuentran a su cargo, pero la elaboración de dicho informe no supondrá un impedimento para que la Fiscalía inicie la Instrucción Fiscal en caso de creerlo necesario. Al eliminar el requisito de procedibilidad se podrá lograr una cooperación entre la Fiscalía y la Contraloría, dado que el informe con indicios de responsabilidad penal podrá ser una guía para la investigación fiscal, mas no un informe que obligue a Fiscalía a investigar o que la falta del mismo ate las manos del fiscal para que no se investigue un posible ilícito.

De la misma manera como se reformó el Código Orgánico Integral Penal para que se elimine el informe previo con indicios de responsabilidad penal emitido por la Superintendencia de Bancos o por la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria como requisito de procedibilidad para iniciar la Instrucción Fiscal por el delito de peculado, se debería de reformar el artículo 581 del COIP para que conste que sin importar si la institución donde se presume se ha cometido o se está cometiendo el delito de peculado se encuentra bajo supervisión de la Contraloría General del Estado o pertenece al sistema financiero nacional y por ende las instituciones de Control son la Superintendencia de Bancos y la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, no se requerirá ningún informe previo por parte de dichas instituciones para que la Fiscalía General del Estado pueda iniciar la Instrucción Fiscal. De esta manera bastará con que la *notitia criminis* llegue a la Fiscalía para que dicha institución inicie las investigaciones correspondientes y de ser el caso inicie el proceso penal para poder determinar responsabilidades y sancionar a los responsables.

### **3.4. Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado para evitar la Impunidad a través de la Prescripción.**

Como ya se había mencionado anteriormente en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado existe un artículo en el que se limita el tiempo por el cual la Contraloría General del Estado puede emitir un informe con indicios de responsabilidad penal en el caso del delito de peculado, norma que es contraria a los mandatos constitucionales, ya que la Carta Magna en su artículo 233 respecto al peculado en el segundo inciso dispone que “la acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas”(Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 233), por lo que al existir una limitante en el plazo que tiene la Contraloría General del Estado para emitir los informes con indicios de responsabilidad penal, siendo dichos informes imprescindibles a la hora iniciar un proceso penal por el delito de peculado, permite que se pueda prescribir indirectamente la acción penal, ya que la misma no puede jamás iniciar sin dicho informe.

Ante la existencia de esta norma, que contraria a la Constitución de la República se encuentra vigente y que no ha sido declarada inconstitucional y que los legisladores al observar el problema existente a partir de la creación de la misma han decidido presentar un proyecto de ley que busca reformar la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, para que la norma inferior se encuentre acorde a la Ley Suprema.

La supremacía de la Constitución de la República del Ecuador se la establece en el artículo 424 de la Carta Magna, en donde se establece que “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 424)

Los cuerpos legales que rijan en un país deben de estar acorde a la norma suprema, es decir deben de desarrollar los contenidos por la Constitución promulgados, deben de guardar relación y concordancia con las directrices establecidas en la Carta Magna, y en caso de ser contrarios a la misma no tendrán validez alguna.

La Asambleísta Ximena Ponce en su propuesta de Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado se basa principalmente en los preceptos

constitucionales que rigen al país, entre los cuales nombra el artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador, el mismo que establece en el segundo inciso del numeral 9 que:

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 11)

Además, la Asambleísta dentro de sus considerandos se basa en los artículos 231 y 233, en los cuales se establece que los servidores públicos deben de presentar una declaración patrimonial al inicio y al final de sus funciones ante la Contraloría General del Estado y que ningún servidor público está exento de responsabilidad y que, si su actuación recae en algún tipo penal como el peculado, tanto la acción como la pena son imprescriptibles y pueden ser juzgados en ausencia.

Una vez que ha establecido en el considerando sus argumentos constitucionales, la Asambleísta Ximena Ponce manifiesta:

Que en desarrollo de los preceptos constitucionales el artículo 16 del Código Orgánico Integral Penal establece dentro de las reglas generales del procedimiento penal que infracciones como la desaparición forzada de personas, peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito y las acciones legales por datos ambientales son imprescriptibles tanto en la acción como en la pena. (Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2017)

Además, sobre el mismo cuerpo legal la Asambleísta expresa:

Que, el artículo 75 del Código Orgánico Integral Penal señala respecto de la prescripción de penas que las mismas no lo harán en los casos de las infracciones de agresión, genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas, peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito y daños ambientales. (Proyecto de Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica Reformatoria de la Contraloría General del Estado para Evitar la Impunidad a través de la Prescripción, 2017).

Ante estas consideraciones que ha tenido la Asambleísta Ximena Ponce expide la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado para Evitar la Impunidad a través de la Prescripción, la cual modifica únicamente un artículo de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, el mismo que es el artículo 71, en el cual en su primer inciso se determina que:

La facultad que corresponde a la Contraloría General del Estado para pronunciarse sobre las actividades de las instituciones del Estado, y los actos de las personas sujetas a esta Ley, así como para determinar responsabilidades, caso de haberlas, caducará en siete años

contados desde la fecha en que se hubieren realizado dichas actividades o actos. (Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2002, art. 71)

Por lo que mediante la Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica Reformatoria de la Contraloría General del Estado para Evitar la Impunidad a través de la Prescripción incluye al final del primer inciso del artículo 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado que “Las facultades de la Contraloría General del Estado no caducarán en el caso de los delitos previstos por la Constitución de la República y demás leyes pertinentes como imprescriptibles” (Ley Orgánica Reformatoria a la Ley Orgánica Reformatoria de la Contraloría General del Estado para Evitar la Impunidad a través de la Prescripción, 2017, art. 1).

Por lo que si se llegase a aprobar este proyecto de ley, la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado dejaría de estar en contraposición a lo mandado por la Constitución de la República del Ecuador, ya que a pesar de que exista la norma en la cual se establece un plazo máximo de siete años para emitir un informe con indicios de responsabilidad penal por parte de la Contraloría General del Estado, en el caso de que dicho informe sea sobre un delito que se encuentre establecido mediante ley como imprescriptible, el plazo para presentar dicho informe, sin el cual no se podría iniciar un proceso penal, de igual manera se volvería imprescriptible, por lo que la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado estaría acorde a lo prescrito por la Constitución de la República del Ecuador y de dicha manera se evitaría que posibles actos de corrupción queden en la impunidad ya sea por negligencia o complicidad de miembros de la Contraloría General del Estado.

Esta reforma, en complemento con la eliminación del informe previo con indicios de responsabilidad penal como requisito de procedibilidad para el inicio del proceso penal por el delito de peculado son dos cambios importantes y necesarios que se debe dar en las normas ecuatorianas, a fin de que se evite el retardo en la administración de justicia e incluso la impunidad. Aplicando estos cambios a la normativa ecuatoriana el peculado dejaría de ser un delito prescriptible y difícil de perseguir, facilitando la labor de la Fiscalía para perseguir el ilícito y permitiendo de esta manera que se llegue a juicio y sean los jueces quienes decidan si se ha cometido o no el delito de peculado, pero que no sea como en la actualidad que las intenciones de Fiscalía se ven frustradas antes del inicio del proceso penal por las trabas normativas existentes.

## CONCLUSIONES

1. El delito de peculado es aquella conducta típica, antijurídica y culpable, que lesiona la correcta administración de las instituciones del Estado y que vulnera a su vez todos los derechos fundamentales de los ciudadanos, ya que apropiarse de bienes del Estado es apropiarse de bienes que estaban destinados al servicio de los contribuyentes y ante su falta no se puede atender de manera eficaz los requerimientos de la sociedad y que la ley manda a cumplir.
2. En la República del Ecuador el delito de peculado es imprescriptible, tanto en la acción para perseguirlo como en la pena, con el fin de que los casos de corrupción no queden en la impunidad y se inicie en cualquier momento un proceso penal por el cometimiento de este ilícito.
3. Si bien en la doctrina penal se incluye el peculado culposo y el peculado por omisión, en el Código Integral Penal no se contempla tales clases de peculado. El delito de peculado en la República del Ecuador tiene como elemento esencial al dolo, y no a la culpa, y en el caso de ser una omisión la que se ha cometido, se establece una sanción administrativa.
4. Los requisitos de procedibilidad en el delito de peculado son condiciones obligatorias cuyo cumplimiento manda el Código Orgánico Integral Penal y que sin las cuales no es posible iniciar un proceso penal, siendo estas una forma procesal que debe ser cumplida.
5. En la República del Ecuador, en el caso de instituciones públicas, se necesita un informe previo con indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado para poder iniciar un proceso penal por el delito de peculado; y, cuando se trate de instituciones del sistema financiero nacional o de la economía popular y solidaria no requiere ningún informe para iniciar con la Instrucción Fiscal.
6. La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado establece siete años como máximo para que este organismo de control elabore el informe con indicios de responsabilidad penal en caso de peculado, lo que la convierte en una disposición inconstitucional, esto permitiría que, pasados los siete años de la no elaboración del informe, sea imposible perseguir el delito de peculado por falta de presupuestos procesales.
7. La nulidad procesal es un remedio que se aplica a los procesos en los cuales se haya inobservado los presupuestos de procedibilidad y el efecto de la misma es

retrotraer el proceso hasta el momento en el cual se ha cometido el vicio de procedibilidad.

8. Que se exija como requisito de procedibilidad el informe previo con indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado constituye una traba a la administración de justicia, esto genera retraso para poder iniciar el proceso penal y en otros casos genera impunidad por imposibilitar la persecución del ilícito.
9. En la República del Ecuador, el delito de peculado genérico y peculado bancario están conformados por los mismos elementos del tipo penal, pero aún así la norma establece que para iniciar un proceso penal por el supuesto delito de peculado genérico se necesita el requisito de procedibilidad, y para iniciar un proceso penal por el presunto delito de peculado bancario, no se requiere ningún presupuesto de procedibilidad, en otras palabras, se establece una distinta forma de iniciar el proceso, aun siendo el mismo delito.

## RECOMENDACIONES

1. Se debe de eliminar la diferencia conceptual entre dineros públicos y privados, apegándonos a la tesis del doctor Arturo Donoso, todo dinero que ingresa en el sistema financiero nacional, en el sistema de economía popular y solidaria o en las instituciones públicas, permite la circulación de efectivo en el territorio nacional por lo que todo es público.
2. El Legislador debe reformar el artículo 581 del Código Orgánico Integral Penal respecto a los requisitos de procedibilidad que se necesita para iniciar el proceso penal por el delito de peculado. No es coherente que se exija para el peculado genérico un informe previo con indicios de responsabilidad penal elaborado por la Contraloría General del Estado; y, para el delito de peculado bancario no se requiera ningún requisito para iniciar la Instrucción Fiscal. Ambas clases de peculado deben de tener el mismo tratamiento para su persecución.
3. Se debe declarar la inconstitucionalidad del artículo 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado por ser contraria al artículo 233 de la Constitución de la República del Ecuador que manda que, tanto la acción para perseguir el peculado como la pena son imprescriptibles.
4. Se debe eliminar por completo el informe previo con indicios de responsabilidad penal como requisito de procedibilidad para poder perseguir el delito de peculado, debido a que por intentar cumplir con este requisito se genera retraso en la administración de justicia, permitiendo que los sospechosos fuguen y pongan a buen recaudo los bienes de los cuales han abusado para su beneficio personal, o también puede derivar en impunidad, ya que al no contar con el presupuesto de procedibilidad el fiscal se ve imposibilitado de iniciar la Instrucción Fiscal por peculado genérico.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Ábalos, R. (1993). *Derecho Procesal Penal: cuestiones fundamentales*. Mendoza, Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Ábalos, R. (1993). *Derecho Procesal Penal: sujetos procesales, actos procesales, teoría de la prueba, medios de prueba*. Mendoza, Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Albán Gómez, E. (s.f.). *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano* (2da ed.). Quito, Ecuador: Ediciones Legales S.A.
- Araujo, M. P. (2010). *Derecho penal económico: los delitos socioeconómicos en la legislación ecuatoriana*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP).
- Binder, A. (2000). *El incumplimiento de las formas procesales* (1era ed.). Buenos Aires, Argentina: AD-HOC S.R.L.
- Brunoni, N. (2009). *Malversación y peculado análisis comparativo entre las legislaciones española y brasileña*. Universidad Autónoma de Madrid. Recuperado de [https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/3953/27534\\_brunoni\\_nivaldo.pdf?sequence=1](https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/3953/27534_brunoni_nivaldo.pdf?sequence=1)
- Cabanellas de Torres, G. (2008). *Diccionario Jurídico Elemental* (19va ed.). Buenos Aires, Argentina.
- Cabezudo Rodríguez, N. (Febrero, 2013). Los principios de legalidad procesal y penal subvertidos.
- Cancino Moreno, J. A. (1994). *Corrupción Administrativa y Delincuencia Judicial*. Bogotá, Colombia: Editorial ABC.
- Cancino Moreno, J. A. (2011). Delitos contra la administración pública. In *Lecciones de Derecho Penal Parte Especial* (2da ed.). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Carmigniani, G. (1863). *Elementi di diritto criminale* (5ta ed.). Milano.
- Carrara, F. (1956). *Programa de Derecho Criminal*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

- Carrera, D. (2005). *Peculado de bienes y servicios públicos*. Córdoba, Argentina: editorial Mediterránea.
- Carrera, M. (2010). *Los recursos de apelación y nulidad del auto de llamamiento a juicio en la Legislación Penal Ecuatoriana*. Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador.
- Carrillo, M. F. (2008). *Las nulidades procesales por omisión de solemnidades en el proceso civil*. Universidad Andina “Simón Bolívar.” Recuperado de [http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1144/1/T663-MDE-Carrillo-Las nulidades procesales por omisión.pdf](http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1144/1/T663-MDE-Carrillo-Las%20nulidades%20procesales%20por%20omisi3n.pdf)
- Constitucional, C. (2016). *Desarrollo Jurisprudencial de la Primera Corte Constitucional*. (A. Ruiz Guzmán, P. J. Aguirre Castro, & D. F. Avila Benavides, Eds.) (1era ed.). Quito, Ecuador. Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gob.ec/publicaciones/librojurisprudencia/#p=4>
- Cueva Carrión, L. (2006). *Peculado* (1era ed.). Quito, Ecuador: Editorial Cueva Carrión.
- Donoso Castellón, A. J. (2008). *Derecho Penal Parte Especial Delitos contra el Patrimonio y contra los recursos de la administración pública*. Quito, Ecuador: Cevallos Editora Jurídica.
- El sistema español: los delitos. (n.d.). Recuperado el 13 de mayo de 2017, de <http://www.unav.es/penal/crimina/topicos/requisitosdeprocedibilidad.html>
- Furtum o delito de hurto romano. (2012). Recuperado el 25 de abril de 2017, de <http://www.derechoromano.es/2012/09/furtum.html>
- García Falconí, J. (2012). La instrucción fiscal. Recuperado el 20 de julio de 2017, de [http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/procedimiento penal/2012/12/17/la-instruccion-fiscal](http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/procedimiento%20penal/2012/12/17/la-instruccion-fiscal)
- García Heredia, A. D. (2016). “*ES PROCEDENTE HABLAR DE PREJUDICIALIDAD PREVIO A INICIAR EL PROCEDIMIENTO DE LA ACCIÓN PENAL EN EL DELITO PECULADO*.” Universidad Central del Ecuador. Recuperado de <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/6471/1/T-UCE-0013-Ab-228.pdf>
- García Valencia, J. I. (2005). *El proceso penal acusatorio*. Bogotá, Colombia: Gustavo

Ibañez Ltda.

Jauchen, E. (2013). *Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo I* (1era ed.). Buenos Aires, Argentina: RUBINZAL-CULZONI EDITORES.

Lorences, V. (2005). *Nulidades en el proceso penal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad S.R.L.

Martínez Garnelo, J. (1998). *La investigación ministerial previa: un nuevo sistema de procuración judicial*. México: Editorial Porrúa.

Mejía Salazar, A. R. (2009). *NATURALEZA JURÍDICA DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS EN MATERIA TRIBUTARIA*. Universidad Andina Simón Bolívar. Recuperado de [http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/696/1/T758-MDE-Mejía-Naturaleza jurídica de los recursos administrativos.pdf](http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/696/1/T758-MDE-Mejía-Naturaleza%20jurídica%20de%20los%20recursos%20administrativos.pdf)

Mendes de Carvalho, É. (2005). Las condiciones de procedibilidad y su ubicación sistemática. Una crítica al sistema integral del Derecho Penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal Y Criminología*. Retrieved from <http://criminet.urg.es/recpc>

Mercado Cruz, L. (s.f.). Definición de Ministerio Público. Recuperado el 11 de abril de 2017, de <http://www.monografias.com/trabajos13/defimin/defimin.shtml?monosearch#ixzz4dyqRktOD>

Muñoz Conde, F. (2015). *Derecho Penal. Parte Especial* (20va ed.). Valencia, España: TIRANT LO BLANCH.

Muñoz, J. (2004). *Recursos Jurisdiccionales*. Santiago de Chile: JURITEC.

Núñez Vásquez, C. (2001). *Tratado del Proceso Penal y del Juicio Oral. Tomo I. Introducción al Estudio del Proceso Penal* (1era ed.). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Racines Tobar, D. F. (2013). *La indagación previa y su sujeción a los principios constitucionales en el debido proceso*. UDLA. Recuperado de <http://dspace.udla.edu.ec/handle/33000/141>

Rivarola, R. (1890). *Exposición y crítica del Código Penal de la República Argentina*.

Buenos Aires, Argentina.

Sigüenza Bravo, M. (2010). *Definiciones Doctrinales en Materia Penal*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP).

Valle Cevallos, O. (s.f.). *Procedimiento penal: El fiscal y las etapas del proceso*. s. edit.

Vergara Acosta, B. (2015). *El Sistema Procesal Penal*. Guayaquil, Ecuador: Murillo Editores.

Villacís Soria, C. X. (2016). “*EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO EN DELITOS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR Y EL DERECHO DE LAS VÍCTIMAS A UNA JUSTICIA EXPEDITA*”. Universidad Técnica de Ambato. Recuperado de <http://repo.uta.edu.ec/bitstream/123456789/18029/1/FJCS-DE-900.pdf>

Yávar Núñez, F. (2015). *Orientaciones COIP: Código Orgánico Integral Penal. Tomo 2*. Guayaquil, Ecuador: Producciones Jurídicas FERYANÚ.

Zambrano Paquel, A. (2014). *Estudio introductorio al Código Orgánico Integral Penal. Referido al libro primero. Parte especial (Primera)*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP).

Zavala Baquerizo, J. (1981). *Alegatos Penales*.


**REPÚBLICA DEL ECUADOR**  
 DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO CIVIL,  
 IDENTIFICACIÓN Y CEDULACIÓN

**CÉDULA DE CIUDADANÍA** No. **110465048-4**

**APELLIDOS Y NOMBRES**  
**FREIRE SEGARRA MILTON FRANCISCO**

**LUGAR DE NACIMIENTO**  
 LOJA  
 LOJA  
**EL SAGRARIO**

**FECHA DE NACIMIENTO** 1994-10-06  
**NACIONALIDAD** ECUATORIANA  
**SEXO** M  
**ESTADO CIVIL** SOLTERO




**INSTRUCCIÓN** BACHILLERATO **PROFESIÓN / OCUPACIÓN** ESTUDIANTE **E234312222**

**APELLIDOS Y NOMBRES DEL PADRE**  
 FREIRE VICUNA MILTON BOLIVAR

**APELLIDOS Y NOMBRES DE LA MADRE**  
 SEGARRA FAGGIONI PATRICIA MERCEDES

**LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN**  
 LOJA  
 2012-10-09

**FECHA DE EXPIRACIÓN**  
 2022-10-09



 **Francisco Freire Segarra**

DIRECTOR GENERAL FIRMA DEL CEDULADO




**CERTIFICADO DE VOTACIÓN**  
 4 DE FEBRERO 2018



**009** **009 - 262** **1104650484**  
JUNTA No. NÚMERO CÉDULA

**FREIRE SEGARRA MILTON FRANCISCO**  
**APELLIDOS Y NOMBRES**

**LOJA** **CIRCUNSCRIPCIÓN:**  
**PROVINCIA**  
**LOJA** **ZONA:**  
**CANTÓN**  
**EL SAGRARIO**  
**PARROQUIA**

