



Universidad de Las Américas  
Maestría en Derecho Penal con Mención en Criminalidad Compleja

- Ensayo Académico -

La tipificación del delito de peculado en el Ecuador. Una  
propuesta expansiva para las conductas culposas.

Paola Viviana Campaña Terán

Quito, noviembre de 2023

## ÍNDICE

|      |                                                                                     |    |
|------|-------------------------------------------------------------------------------------|----|
| I.   | INTRODUCCIÓN.....                                                                   | 2  |
| II.  | DESARROLLO .....                                                                    | 4  |
| 1.   | Poder Punitivo y Las Desviaciones del Poder.....                                    | 4  |
| 1.1. | <i>El poder punitivo</i> .....                                                      | 4  |
| 1.2. | <i>La desviación del poder</i> .....                                                | 8  |
| 1.3. | <i>La desviación del poder y el derecho penal</i> .....                             | 10 |
| 2.   | Los Delitos de Poder, Expansión y Garantismo.....                                   | 15 |
| 2.1. | <i>El garantismo</i> .....                                                          | 15 |
| 2.2. | <i>Garantismo y expansión del derecho penal</i> .....                               | 17 |
| 2.3. | <i>Delitos de poder, garantismo y expansión</i> .....                               | 22 |
| 3.   | El Peculado, Peculado Culposo, Análisis de Caso y Propuestas.....                   | 31 |
| 3.1. | <i>El peculado</i> .....                                                            | 31 |
| 3.2. | <i>El delito de peculado en el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador</i> ..... | 33 |
| 3.3. | <i>El peculado culposo</i> .....                                                    | 43 |
| 3.4. | <i>Caso “Hospital del IESS de Manta”</i> .....                                      | 48 |
| 3.5. | <i>Propuesta</i> .....                                                              | 51 |
| III. | CONCLUSIONES.....                                                                   | 54 |
| IV.  | REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....                                                     | 60 |

## I. INTRODUCCIÓN

El presente ejercicio investigativo se ha planteado proponer un proceso expansivo dentro del delito de peculado, enfocado a la inclusión de conductas culposas en el tipo penal, para enfrentar las limitaciones que tiene la tipificación actual que permite lagunas de punibilidad para dichas conductas.

Las fuentes de información recopiladas para el desarrollo investigativo son de tipo bibliográfico, la investigación que se pretende desarrollar es de tipo teórica doctrinal, la misma que tendrá sustento en fuentes bibliográficas. En cuanto a los métodos se utilizarán el inductivo, deductivo y el análisis de un caso real para la identificación de los problemas de tipificación del delito analizado.

Para efectos de la investigación entenderemos como caso el expediente judicial escogido, el mismo que presenta circunstancias, situaciones y fenómenos que merecen ser investigados, así de forma cualitativa se va a describir, comparar, evaluar y comprender diferentes aspectos del tema propuesto lo que permitirá obtener un conocimiento concreto, contextual y a profundidad sobre el tema específico que ha sido planteado como objeto de la investigación y con sus conclusiones se desarrollará una propuesta que pueda ser trasladada al universo de casos, con un enfoque inductivo.

Para desarrollar esa propuesta, el reto establecido fue que la justificación de ese proceso expansivo provenga del propio sistema al que se ha adscrito el Ecuador constitucionalmente, esto es el garantismo, con este objetivo en el Capítulo 1, fueron abordados los conceptos de poder punitivo y desviaciones de poder, en los cuáles se desarrolló las principales ideas relacionadas con el poder punitivo y su legitimación, las desviaciones de poder como ilicitudes atípicas que provienen del incumplimiento de los principios establecidos en el orden constitucional y cuáles son las vinculaciones entre estas desviaciones y el derecho penal.

En el segundo capítulo se abordó los temas de garantismo, delitos de poder y expansión, en este se presentaron ideas en torno a los delitos de poder, su incidencia en la sociedad, y el tratamiento que se ha dado desde ideas jurídicas y de política criminal, se desarrolló un análisis de qué consisten los procesos expansivos desde las teorías jurídicas y políticas y cuáles son sus justificaciones en cada una de ellas, y se realizó un análisis de la justificación de la propuesta expansiva a la luz del garantismo.

Con estos elementos teóricos, el tercer capítulo analizó el delito de peculado, su configuración típica en el Ecuador, identificando sus peculiaridades y las limitaciones que presenta frente a acciones de naturaleza culposas, en la misma línea se estudió brevemente como se han tratado modalidades culposas desde la doctrina y la exposición de un caso que fue el origen de la inquietud investigativa.

Con todos los insumos indicados se realiza una propuesta expansiva de peculado culposo, que cumpliría con las limitaciones que impone el sistema y permitiría mitigar las lagunas de punibilidad, finalmente se arriba a conclusiones generales que incorporan todos los elementos analizados.

## II. DESARROLLO

### 1. Poder Punitivo y Las Desviaciones del Poder.

#### 1.1. *El poder punitivo*

El Derecho penal suele entenderse en dos sentidos distintos, objetivo y subjetivo. En este sentido objetivo significa el conjunto de normas penales. El Derecho penal subjetivo —también llamado derecho a castigar o *ius puniendi*— es el derecho que corresponde al Estado a crear y a aplicar el Derecho penal objetivo. (Mir Puig, 2014, p.42)

La facultad punitiva le corresponde de manera exclusiva al Estado como titular del *ius puniendi*, que se define como el derecho a castigar, el Estado como portador de esta facultad se encuentra legitimado para ejercerla, siempre y cuando se ajuste a ciertos límites que están definidos por el estado constitucional de derecho.

Aunque no es objeto de este ejercicio, el entrar en una discusión extensa sobre la fundamentación del *ius puniendi*, la doctrina ha debatido este tema de manera constante definiéndose dos posiciones, que parten de la legitimación formal y material de esta prerrogativa estatal, en cuanto a la fundamentación formal, está dada por la existencia de norma que conceda la facultad, la cual es admitida por las dos posiciones, y en cuanto a la fundamentación material, una primera posición no admite la legitimidad de la intervención estatal en el espacio de la punición, posición que se presenta como abolicionista del derecho penal, y que centra su argumentación en la negación de la necesidad del estado y desaparición de éste, y en las posturas que señalan que es un mecanismo de control social desarrollado para ejercer sometimiento. (Luzon Peña, 2016, p.18)

Luzón Peña, ha señalado que el *ius puniendi* se legitima, desde su absoluta necesidad, para la protección de la sociedad a través de la prevención general y especial de delitos y la protección de bienes jurídicos que son definidos como importantes por el conglomerado social; para el autor el fundamento del poder punitivo se centra en su funcionalidad para el cumplimiento de los objetivos sociales y político-constitucionales que va a marcar las líneas de sus límites. (2016, p.19)

Para el garantismo la legitimación basada en la necesidad es incompleta porque únicamente presenta una justificación de tipo interna, y para que este derecho a la punición se encuentre realmente legitimado, tiene que incorporar también una dimensión externa, que viene provista por los derechos fundamentales y su protección.

Es así, que el derecho a castigar tiene una dimensión que nace, no solo de la necesidad de la sociedad y su autopreservación sino de la protección a los derechos fundamentales de los

individuos y de la Constitución, como prerrogativa estatal, que se ejerce a través de la función legislativa, a la que le corresponde la definición a priori, de cuáles son las conductas merecedoras de una pena, a través del desarrollo normativo y la construcción de tipos penales que establezcan la conducta y la pena que ésta va a merecer.

Mientras que mediante el "concepto formal de delito", que se discute en los primeros párrafos de este libro, la conducta punible sólo es objeto de una definición en el marco del Derecho positivo, el concepto material de delito se remonta más atrás del respectivo Derecho penal codificado y pregunta por los criterios materiales de la conducta punible. Por tanto, el concepto material de delito es previo al Código Penal y le suministra al legislador un criterio político criminal sobre lo que el mismo puede penar y lo que debe dejar impune. Su descripción se deriva del cometido del Derecho penal, que aquí se entiende como "protección subsidiaria de bienes jurídicos"[...] (Roxin, 1997, p.51-52)

La definición de la conducta, aunque se desprenda del ejercicio del poder punitivo del Estado, no puede ser arbitraria, y debe estar limitada, por el marco constitucional que le impone barreras, el principio de legalidad y la necesidad de la intervención penal, como mecanismo de control social, que se legitimará en función de la protección de los bienes jurídicos<sup>1</sup> y los derechos de los ciudadanos.

El principio de Estado de Derecho impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al Derecho, lo que dará lugar a los límites derivados del *principio de legalidad*. La idea del Estado social sirve para legitimar la función de prevención en la medida en que sea necesaria para proteger a la sociedad. Ello implica ya varios límites que giran en torno a la exigencia de la *necesidad social de la intervención penal*. Por último, la concepción del Estado democrático obliga en lo posible a poner el Derecho penal al servicio del ciudadano, lo que puede verse como fuente de ciertos límites que hoy se asocian al respeto de principios como los de *dignidad humana, igualdad y participación del ciudadano*. (Mir Puig, 2014, p.104)

Estas limitaciones se desarrollan en torno a tres aspectos principales, el principio de legalidad, la protección de bienes jurídicos y el ser humano como fin, lo que se incorpora a la noción de que la actividad estatal, y dentro de ésta el ejercicio del poder punitivo debe estar al servicio del ciudadano.

El principio de legalidad como limitación al ejercicio del poder punitivo, exige que no se pueda penar a una persona sin la existencia de una ley penal previa que sancione la conducta *nullum crimen, nulla poena sine lege*. En virtud de que el estado constitucional de derecho, supone una organización política democrática, los poderes se encuentran divididos y

---

<sup>1</sup> Nuevas posiciones doctrinarias, (Pawlik, 2016), han puesto en duda la eficacia del concepto de bien jurídico para la legitimación de la intervención penal, ya que presenta déficits debido a la unidimensionalidad del criterio, que no toma en cuenta la donosidad del hecho y merecimiento de la pena como una perturbación de las relaciones entre las personas, por lo que para el autor es necesario realizar miradas a la relación jurídica para poder determinar una escala para el valor de estos bienes y un criterio para su menoscabo, por ello debe sustituirse el concepto de bien jurídico por el de persona como categoría directriz, ni la libertad ni los derechos pueden ser definidos sin atender la posición de las personas en el espacio social, de esta manera la explicación va a ubicarse en las teorías de la posición de garante, de los deberes y del Estado.

corresponde al poder legislativo la generación de normas penales que regulen la conducta de los ciudadanos a través de leyes, este poder que emana de la soberanía popular, debe definir de forma previa al desarrollo de la conducta, que la misma se encuentra proscrita bajo amenaza de la imposición de una pena, la que también debe ser establecida previamente.

El principio de legalidad no es sólo, entonces, una exigencia de seguridad jurídica, que requiera sólo la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas, sino además la garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo. (Mir Puig, 2014, p.106)

Como garantías, de este principio se desprenden cuatro a saber, la garantía criminal: el delito debe estar determinado por una ley; la penal: la pena debe ser establecida por una ley y debe corresponder a una conducta; jurisdiccional: tanto la existencia del delito como la imposición de la pena deben determinarse a través de una sentencia judicial y de ejecución: la ejecución de la pena, debe sujetarse a los términos de una ley (Mir Puig, 2014, p.106). Producto de éstas garantías se desprenden la exigencia de una ley previa *lex praevia*- escrita *–lex scripta-* y estricta *–lex stricta-*, que tienen como consecuencia la irretroactividad de la norma penal y la ultractividad bajo el principio de favorabilidad; la imposibilidad de que se creen infracciones penales a través de la costumbre y la prohibición de analogía.

La necesidad de intervención penal, parte de las nociones anteriormente expuestas, si el fundamento del *ius puniendi*, responde a su necesidad funcional de protección a la sociedad y a la protección de derechos fundamentales, esto nos conduce a que ésta, se presenta como necesaria para el desarrollo de los fines que se ha planteado el conglomerado social, y debe responder a dicha finalidad, para legitimar la limitación a derechos de los ciudadanos, en función de la tutela de otros derechos. Con ello, no es necesaria cualquier intervención penal, sino únicamente aquella que en extremis se muestre como indispensable.

El análisis parte de una mínima intervención indispensable –subsidiaridad-, que implica que el ejercicio punitivo debe ser mínimo, de última o extrema *ratio*, el último recurso al que debe acudir, ante la inexistencia de otros que resulten menos lesivos para la persecución del fin propuesto. Fragmentariedad, que no puede entrar a proteger todos los bienes jurídicos, ni intervenir en todas las conductas que los lesionen, sino únicamente en aquellos que revisten mayor importancia y las conductas que se presentan como más lesivas<sup>2</sup> a éstos. (Luzón Peña, 2016, p.22-23)

---

<sup>2</sup> El principio de lesividad también ha sido cuestionado (Ferrante, 2015), ya que este principio dejaría por fuera la criminalización de conductas que no sean efectivamente dañosas, lo que en el Derecho contemporáneo no es posible, ya que la sociedad de riesgo, impone la necesidad de prevenir un daño criminalizando ciertas conductas, por lo que el daño no serviría como una categoría que de razones para la criminalización, en comparación con

La exclusiva protección de bienes jurídicos “[...] partió de la base de que el Derecho penal sólo tiene que asegurar determinados "bienes" previamente dados, como la vida [...], la integridad corporal [...], el honor [...], la Administración de Justicia [...], etc., y de esa posición se ha deducido la exigencia de una sustancial restricción de la punibilidad en un doble sentido [...]”, la exclusión de las meras inmoralidades y la exclusión de las infracciones menores. (Roxin, 1997, p.52-53)

Ahora bien, ya definido que el poder punitivo debe asegurar bienes jurídicos, los mismos que son “los intereses que por su importancia pueden merecer la protección del Derecho” (Mir Puig, 2014, p.119), esta definición nos lleva a la identificación de que su importancia debe ser máxima socialmente.

Para Bacigalupo (1999), “en la medida en la que prácticamente todo interés, toda finalidad o cualquier función del sistema social se puede considerar un bien jurídico, la capacidad limitadora del concepto de bien jurídico es, en verdad, nula. [...] las limitaciones del *ius puniendi* no surgen de la reducción del concepto de delito a la protección de bienes jurídicos [...], sino de los valores superiores del ordenamiento jurídico.” (p.40)

La definición de bien jurídico cobra importancia a fin de que no se produzca un proceso expansivo injustificado del poder punitivo, y la respuesta está en los valores superiores del orden jurídico que están definidos constitucionalmente, los mismos que deben servir de fuente para identificar los bienes jurídico- penales que serán objeto de protección.

El punto de partida correcto consiste en reconocer que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentra en los principios de la Constitución. Por tanto, un concepto de bien jurídico vinculante políticamente sólo se puede derivar de los cometidos, plasmados en la Ley Fundamental, de nuestro Estado de Derecho basado en la libertad del individuo a través de los cuales se le marcan sus límites a la potestad punitiva del Estado.

En consecuencia se puede decir: los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema. Esta definición, al atender a "circunstancias dadas y finalidades" en vez de a "intereses" de modo general, quiere expresar que este concepto de bien jurídico abarca tanto los estados previamente hallados por el Derecho como los deberes de cumplimiento de normas creados sólo por el mismo, o sea que no se limita a la primera alternativa. De tal concepto de bien jurídico, que le viene previamente dado al legislador penal, pero no es previo a la Constitución, se pueden derivar una serie de tesis concretas. (Roxin, 2016, p.55-56)

Con estas reflexiones, el poder punitivo encontraría su justificación con el cumplimiento de los límites que se imponen, la legalidad, la necesidad y la protección de bienes jurídicos, los mismos que deben analizarse y cumplirse en todos los casos de selección de conductas, para convertirlos en delitos, a la luz de la protección de los derechos de los individuos.

---

otras razones, aunque constituya una regla práctica no es un principio genuino para la fundamentación de la criminalización.



## **1.2. La desviación del poder**

Desviación de poder, dice HAURIUO es “el hecho de una autoridad administrativa que realizando un acto de su competencia con observancia de las normas prescritas y no incurriendo en violación formal de Ley, usa de su poder con fines y por motivos distintos de aquellos en vista de los cuales le fue conferido tal poder; es decir, distintos del bien del servicio” [...]. Tiende esta doctrina a la garantía de la más pulcra juridicidad y al fomento de la moralización de la actividad administrativa, en favor de los intereses colectivos y de los administrados. (Martínez, 1955, p.5)

La desviación de poder constituye un acto que no siendo una conducta que se aparte de las normas establecidas para un tipo de actividad administrativa, constituye una acción que se desarrolla con motivos distintos a aquellos para los cuáles se otorgó la facultad y que puede o no, en principio, ocasionar un perjuicio. Inicialmente fue estudiada dentro del campo del derecho administrativo, como un objeto de análisis para efectos de control jurisdiccional de las actividades administrativas, a través de los procesos de impugnación, y que incluyen la posibilidad de anulación de las actuaciones desviadas nacidas de los poderes públicos.

Todo acto administrativo responde genéricamente a una finalidad pública, razón de ser de la norma constitucional que le dio origen, y específicamente al aspecto de esa finalidad que se tuvo en cuenta al distribuirse la competencia. El objeto o contenido del acto, consecuencia de esa competencia, debe perseguir aquella finalidad general y la específica que le corresponde. (Sabalua, 2015, p.3)

Según Atienza y Ruiz, los requisitos para que se presente una desviación de poder son: “[...] que se trate del ejercicio de una potestad, que la potestad tenga carácter administrativo y que la conducta desviada suponga un apartamiento del fin.” (2006, p.104) Para que se cumplan estas características los autores incorporan en su análisis que el ejercicio de la potestad no solo corresponde a una acción, sino que también puede presentarse como una omisión o inactividad frente al mandato de la norma, que constituye la base de la potestad que conllevaría a un efecto que no se encuentra justificado dentro de la misma. (Atienza y Ruiz, 2006, p.104)

En cuanto al carácter administrativo de la potestad, -aunque no excluye las potestades jurisdiccionales y legislativas-, se concentran en la potestad administrativa porque responde a varios fines, que van ligados a la razón de ser de la administración, que constituye el servicio a intereses generales, para lo cual debe elegir la forma y los medios más adecuados, y está regida por un principio de discrecionalidad del cual las otras funciones carecen. (Atienza y Ruiz, 2006, p.105-107)

Respecto del apartamiento del fin, el mismo debe ser un fin regulado jurídicamente, constituyéndose en un ilícito contrario a principios, lo que no le brinda un carácter de moralidad sino que se enfoca en el sentido de que dicho principio se deriva de una fuente del sistema

jurídico que debe mantener coherencia con las otras fuentes que de este emanan. (Atienza y Ruiz, 2006, p.107-108)

Esta desviación del poder, puede verificarse en tres presupuestos “en todos los cuales el funcionario actúa con una finalidad distinta de la perseguida por la ley que ejecuta: a) El funcionario actúa con una finalidad personal...; b) El funcionario actúa con la finalidad de beneficiar a un tercero o grupo de terceros...; c) El funcionario actúa con la finalidad de beneficiar a la administración [...]” (Hernández, 2020, p.53) En todos estos casos apartándose de la finalidad de la facultad conferida, aunque se actúe dentro del esquema de ésta.

El concepto se enfoca no al incumplimiento formal de la norma, sino al principio que la misma contiene, que es en definitiva para lo cual ha sido diseñada e instituida. Atienza y Ruiz, han concluido que se trata de ilícitos atípicos que están constituidos por acciones y omisiones opuestas a principios de mandato y no a reglas de mandato como sería el caso de los ilícitos típicos.

Este principio de mandato, radica en la finalidad de la administración pública, “[...] la finalidad en cuanto elemento esencial del acto administrativo, háyase ínsita en la propia índole de la actividad de la administración pública, cuya acción siempre ha de tener en cuenta el interés público.” (Sabalua, 2015, p.2), Sin embargo, ¿estos ilícitos atípicos deben convertirse en elementos de protección por parte del derecho penal?, esa es la respuesta que deberíamos brindar a través de la presente investigación.

El poder punitivo del estado debe ser contenido, como hemos identificado anteriormente, la desviación de poder vista como un fenómeno que provoca nulidad del acto administrativo y como un ilícito atípico que se deriva de la aplicación de principios y no de reglas, nos enfrenta a identificar si con su incorporación a la legislación penal positiva, no estaríamos frente a un desbordamiento de los límites del *ius puniendi*.

Si ya existe en el derecho administrativo un tratamiento para la desviación del poder, ¿es necesario que el derecho penal entre a regular el proceso?, si nos atenemos a los principios de residualidad y mínima intervención penal la respuesta inicial sería no, ahora bien, como podemos llenar la laguna de punibilidad que generan estas ilicitudes atípicas, sobre todo cuando atentan contra bienes jurídicos protegidos y provocan perjuicios a la administración pública, esas interrogantes nos llevan a tener interés en desarrollar esta investigación.

Nuestro planteamiento asume este último enfoque y considera que la corrupción expresa, sencillamente, una desviación más o menos generalizada de los fines públicos. Esta visión se complementa, desde un enfoque jurídico, con la vieja idea de la teoría de las nulidades de los actos administrativos referida a la “desviación de poder”, que ilustra de manera acabada lo que es corrupción: posponer las finalidades públicas frente a cualquier otro interés. Atar el concepto de corrupción a la desviación de poder, de las finalidades públicas, es lo que permite acomodar

mejor la identificación de la corrupción a técnicas administrativas, como las facultades discrecionales, en las que distintas soluciones pueden, igualmente, ajustarse a la legalidad. Sin embargo, no lo será aquella en cuya selección el funcionario se haya separado de finalidades públicas y haya atendido a las puramente personales (por ejemplo, elegir para una determinada función a un sujeto posponiendo a otro, no guiándose por el criterio de la mayor idoneidad, sino por razones de amistad o de vínculos familiares) (Nieto, 1997: 45 y ss.). Este enfoque conecta con el planteado en el ámbito de la ciencia política por Rothstein y Theorell (2011), según el cual la corrupción se asocia a la falta de imparcialidad en el ejercicio de la autoridad pública, y la considera como indicador clave de la calidad de los gobiernos. (Ramos y Álvarez, 2019, p.7)

### ***1.3. La desviación del poder y el derecho penal***

Es conocido entre los círculos de criminología que los delitos de cuello blanco acostumbran a escaparse del radar criminológico (Sutherland, 1940). A pesar de los esfuerzos en estudiar los delitos cometidos por actores política y económicamente poderosos (sean empresas, estados u otras organizaciones), la criminología permanece demasiado preocupada en delincentes socialmente vulnerables y relacionados con delitos convencionales. Esta observación no es una mera impresión sin fundamento: Barak (2015) ha puesto de manifiesto que la criminología dedica solo un 5% de su tiempo de investigación, de enseñanza y de redacción a los delitos de cuello blanco mientras que el 95% restante se dedica a los delitos convencionales. En la misma línea, Michalowski y Kramer (2007) han examinado las revistas científicas de criminología y justicia penal más importantes de EE. UU. y Reino Unido, concluyendo que solo un 3% de sus artículos de investigación se dedican a estudiar las actividades delictivas de las empresas y los estados. (Guzmán, 2019, p.78)

Como señala el autor los delitos de los poderosos suelen escaparse del radar de los estudios no solo criminológicos, sino también del derecho penal, se aborda con mayor intensidad, la contención del poder punitivo del estado, desde la justificación de que el mismo se ejerce sobre las personas más vulnerables, estas teorías nos han planteado varios problemas del poder punitivo, principalmente, que es violento, discriminante, arbitrario, no rehabilita y se ejerce sobre los más débiles de la sociedad.

Del otro lado tenemos la respuesta que plantea la excepcionalidad para aquellos que se han convertido en enemigos del Estado, sin embargo; sobre los delitos de los poderosos, no tenemos intervenciones claras, esto se debe a la posición privilegiada que ocuparían los sujetos que los cometen y las consecuencias que de ésta particularidad se desprenden.

Si el poder prefigura determinados objetos de saber y el grado de libertad de los individuos más poderosos amplía su campo de posibilidades, entonces las etiquetas de “delincuente” y “delincuencia” devienen campos de disputa cuando se trata de estudiar los delitos del poder. Es decir, la capacidad de predecir las consecuencias de una acción permite a aquellos que poseen más libertad a esconder, o negociar, la naturaleza criminógena de sus acciones. Si traducimos el concepto de libertad en el de recursos, podemos concluir que aquellos que poseen una gran cantidad de recursos también disfrutan de un gran número de posibilidades para atribuir la etiqueta de delincuencia a otros, mientras que al mismo tiempo se escapan de aquellas que otros les atribuyen a ellos (Ruggiero, 2007). Dicho en otros términos: los poderosos tienen una mayor capacidad para controlar los efectos de su actividad criminal, lo que en consecuencia les permite, de forma habitual, ni aparecer ni ser etiquetados como tales. Que ello se haga efectivo no se trata tanto de la capacidad de negociación que tengan los poderosos para neutralizar sus actos, sino del grado de hegemonía política que puedan imponer a través de estrategias coercitivas y de ostentación (vid. Ruggiero, 2018). Sin redefinir el lugar que

ocupa el poder en los medios que convierten a los delitos de los poderosos en inaprehensibles por la ley, difícilmente se podrá poner al descubierto en toda su pureza un elemento específicamente jurídico: el concepto de ‘decisión’. (Guzmán, 2019, p.80)

La naturaleza del poder, hace que los delitos cometidos por los poderosos, dentro de ellos – los delitos contra la administración pública, y específicamente en esta investigación el peculado- queden fuera de los procesos de configuración de las conductas típicas, porque son justamente los sujetos activos los encargados de escogerlas y legislar sobre ellas; y, fuera de los estudios, porque son quienes los financian, e impunes.

El estado de excepción teorizado por Agamben es fundamental para abordar los delitos del poder. En el estado de excepción no se trata de constituir ‘nomos’, sino en la capacidad del soberano de suspender un ordenamiento jurídico a fin de protegerlo. Si asumimos que los delitos del poder se caracterizan por un alto grado de hegemonía política (tesis I), podemos concordar que sus daños se pueden justificar, excepcional y paradójicamente, con el objetivo de salvaguardar la ley. Es a través de la excepcionalidad que se introduce la violencia fundadora inherente a todo contrato social y, con ella, queda desnuda la falsa dicotomía entre poder constituyente y el poder constituido. En los delitos del poder se trata, en efecto, no tanto de neutralizar o controlar un exceso negativo, sino de establecer lo que Agamben llama un “paradójico umbral de indiferencia” (2006: 31), a saber, el espacio mismo en que el orden jurídico-político puede tener valor. (Guzmán, 2019, p.81)

Hay una promesa de democracia que invisibiliza el poder, en el cual se desarrollan procesos ocultos de secuestro de las instituciones de garantía, permitiendo que se cometan actos de corrupción. Ante la crisis del poder en la democracia contemporánea –trátase de democracias emergentes o consolidadas-, la naturaleza de éste y sus contornos sobre lo que puede hacer o lo que se omite hacer, quedan indefinidos, lo que provoca espacios de generación de ilicitudes, el primero la entelequia de la representación de la voluntad popular, encarnada en un líder; el conflicto de intereses entre el poder político y el económico –tanto de las economías formales como informales-; la pérdida del rol de los partidos políticos en las instituciones de garantía – la crisis de los partidos como mediadores entre la sociedad y el poder-; y, los poderes mediáticos, que inciden en la producción de realidades.

Estos elementos propician el cometimiento de crímenes por parte de los poderosos, por un lado los que se relacionan con los poderes criminales y las economías ilícitas emergentes como el crimen organizado y el terrorismo y los que surgen de los poderes formales, la criminalidad económica, los crímenes contra la humanidad y la corrupción.

Concentrándonos en estos últimos, los delitos de corrupción, la Organización de las Naciones Unidas, en el Programa Global contra la Corrupción, define el fenómeno de la corrupción como un “comportamiento de los individuos y funcionarios públicos que se desvían de las responsabilidades establecidas y usan su posición de poder para satisfacer fines privados y asegurar sus propias ganancias” (UNDOC, 2004, p.2).

La corrupción es un fenómeno constante en los países de la región y el Ecuador no ha sido la excepción, los estudios desarrollados al respecto han demostrado que se trata de un problema estructural que afecta a todos los sectores de la población, reformas introducidas en nuestra legislación incluso han incorporado a la corrupción privada para hacer frente al fenómeno, y los organismos internacionales han realizado declaraciones, adoptado instrumentos y legislaciones modelo que permitan hacerle frente.

Los verdaderos problemas de la corrupción, sin embargo, bajan de los más altos niveles de la pirámide social y no provienen, como comúnmente se sostiene, de los estratos sociales y económicos más bajos. La corrupción no es un problema de servidores públicos de bajo perfil que llenan sus bolsillos a expensas del ciudadano común. Tampoco su combate tendría que enfocarse principalmente en estrategias de reeducación, reencauzamiento o “transformación cultural”. La corrupción es un problema institucional y político que requiere de soluciones igualmente estructurales. (Sandoval, 2016, p.120)

Esto tiene un efecto que no se limita al espacio jurídico y que trasciende a la legitimidad de los regímenes políticos y la democracia, presentando gobernanzas disfuncionales que no responden a los básicos problemas sociales, esta impunidad cala en la sociedad evidenciando que los castigos no son ciertos ni ejemplares, en la conciencia colectiva se afianzan los criterios de que aunque se sancionen las conductas, el crimen si paga y con creces los sacrificios que pueden resultar de la aplicación del derecho penal.

Nuestra herramienta heurística subraya tres elementos fundamentales de las gobernanzas disfuncionales: a) la dominación social sustentada en un diferencial de poder estructural, en la que predomina el abuso de poder, sin distinción de si ello proviene del ámbito público o privado; b) la impunidad de las más altas esferas del poder, particularmente la que corresponde al sector privado cuando actores no estatales se hacen cargo de áreas o funciones asignadas al sector público, y c) la exclusión social o la expropiación de la voz ciudadana que genera un profundo distanciamiento entre la sociedad y sus representantes. Estos tres elementos se reflejan a su vez en una cancelación de facto del acceso al poder, el acceso a la justicia y el acceso a la representación, lo cual mina directamente la democracia y explica la génesis de un “doble fraude” que implica tanto facetas financiero-estructurales como político-electoral [..] (Sandoval, 2016, p.127).

Si el poder punitivo encuentra su justificación en el cumplimiento de los límites que imponen, la legalidad, la necesidad y la protección de bienes jurídicos, son estos los elementos que deberíamos buscar para justificar que se traslade la desviación del poder –en el espacio de la corrupción- al campo del derecho penal.

Estos elementos son claros en el enfoque administrativo con el cual nace la figura, pero se agotan en la posibilidad de anulación de un acto administrativo, sin embargo, las acciones de desviación de poder afectan el ejercicio de derechos de la ciudadanía, impiden la consecución de un estado de derechos y justicia conforme ha sido plasmado en nuestro cuerpo constitucional, y perjudican a la sociedad en su conjunto.

El Estado ecuatoriano, reconocido por la jurisprudencia constitucional como *axiológico* por los valores que se entiende incorpora el ser *de derechos y justicia*, aquilata la trascendencia de los derechos y su aplicación efectiva como factor constitutivo y permanente de la paz ciudadana. Por lo mismo *es y debe ser el primer interesado en el respeto al ordenamiento jurídico y al recto sentido del ejercicio de los derechos y de las competencias de las instituciones y órganos del poder público*. En efecto, el ordenamiento jurídico estatal es herramienta fundamental para hacer efectivo el ejercicio de los derechos. Primero, porque los reconoce o los instituye; segundo, porque exige su cumplimiento; y tercero, porque define las consecuencias del quebranto, de la desviación de dicho ordenamiento. En definitiva, “reacciona” ante el irrespeto a la norma de Derecho. La *reacción institucional* es parte fundamental de la seguridad jurídica. El Estado debe estar siempre interesado en criticar, combatir y castigar las desviaciones, los abusos en el ejercicio de los derechos y las competencias, el fraude a la ley, las simulaciones perversas. (Hernández, 2020, p.27)

La Constitución de la República del Ecuador (CRE) en los artículos 227<sup>3</sup> y 233<sup>4</sup> desarrolla los principios que rigen la administración pública y allí se encuentran: eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación. Dentro de éstos que han sido reconocidos como principios está la responsabilidad de los servidores por las acciones y omisiones en las que incurran con ocasión del ejercicio de su cargo.

Como se ha identificado, existen bienes jurídicos que proteger, que se encuentran desarrollados en nuestro cuerpo constitucional –dentro de los cuáles está el de responsabilidad de los funcionarios públicos por sus acciones y omisiones-; y lo que corresponde es buscar en ese mismo texto fundador la justificación de la necesidad de protección.

Si partimos de que el poder enfrenta una crisis en la democracia, que contempla enfrentamientos de poderes en su interior, que orillan a las sociedades a desarrollar discursos de legitimación de la intervención penal que se van a plasmar en discursos de índole política y jurídica, es necesario identificar lo que se quiere combatir.

---

<sup>3</sup> **Art. 227.** La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación. (CRE, 2008, Art. 227)

<sup>4</sup> **Art. 233.** Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones o por omisiones, y serán responsable administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.

Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados a 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.

Las personas contra quienes exista sentencia condenatoria ejecutoriada por los delitos de peculado, enriquecimiento ilícito, concusión, cohecho, tráfico de influencias, oferta de realizar tráfico de influencias, y testaferrismo; así como, lavado de activos, asociación ilícita, y delincuencia organizada relacionados con actos de corrupción; estarán impedidos para ser candidatos a cargos de elección popular, para contratar con el Estado, para desempeñar empleos o cargos públicos y perderán sus derechos de participación establecidos en la presente Constitución. (CRE, 2008, Art. 233)

Los discursos sobre la expansión suelen ser, entre otros, discursos políticos y jurídicos. Por discursos políticos se entienden aquellos que desde un plano moral, filosófico, económico o utilitario, ofrecen razones para legitimar la intervención penal del Estado en cualquiera de sus ámbitos. Por discursos jurídicos se tienen a aquellos que, aunque por lo general acompañados de discursos políticos de legitimación, se ocupan bien de la validez normativa de las interpretaciones expansivas o bien de ofrecer interpretaciones expansivas del derecho penal a partir de la normatividad vigente. (Sotomayor y Tamayo, 2014, p.179)

Los discursos políticos se concentran en la sociedad de riesgo, los derechos humanos y la defensa social, que buscan brindar una justificación a la expansión punitiva, concentrando su análisis en la necesidad de intervención de la respuesta punitiva estatal en función de éstos elementos.

Los discursos políticos que mayor relevancia han adquirido en el favorecimiento del crecimiento exacerbado del derecho penal actual son, sobre todo, el de la sociedad del riesgo, el de los derechos humanos y el de la defensa social. Por supuesto tales discursos tienen distinto peso de acuerdo con la problemática específica de cada país. Por ejemplo, es evidente que las demandas de protección de derechos humanos tienen una enorme importancia en el jalonamiento del crecimiento del derecho penal en algunos países latinoamericanos [...], pero no ocurre lo mismo en los países europeos, donde los derechos humanos más relevantes gozan de un mayor grado de reconocimiento y protección; de ahí que en estos países tenga mayor importancia el discurso de la sociedad del riesgo [...], en virtud de su mayor grado de desarrollo económico y tecnológico. No obstante, los discursos de la defensa social parece funcionar con la misma eficacia independientemente de la realidad de cada país, pues dada su vaguedad y ambigüedad, se adapta a cualquier tipo de sociedad. (Sotomayor y Tamayo, 2014, p.179-180)

Frente a los discursos políticos tenemos los jurídicos y dentro de éstos al garantismo, que es el escogido por nuestra constitución, que propugna un derecho penal mínimo que respete las garantías de todos los ciudadanos, el reto por tanto consiste en confrontar estos discursos de naturaleza diferente e identificar si desde el garantismo es posible propugnar un proceso expansivo del derecho penal en los delitos de poder, dentro de éstos los delitos de corrupción y específicamente en el peculado.

Proceso expansivo que se analizará en el delito de peculado a través de la incorporación de modalidades culposas específicamente como una desviación del poder y justificando su necesidad, a partir del garantismo, lo que permitiría desarrollar una legalidad justificada para la intervención punitiva, ejercicio que se efectuará en el siguiente capítulo.

Ahora bien, una criminología crítica que asuma como objeto la criminalidad del poder puede hoy revertir las connotaciones racistas que han marcado y siguen marcando a la vieja criminología positivista. Esa criminología es una criminología racista, que se desinteresaba de la criminalidad del poder porque consistía en sí misma en una disciplina de poder, basada en una antropología racista del delincuente natural y por ello, sobre una antropología de la desigualdad natural de los seres humanos. (Ferrajoli, 2013, p.228)

## 2. Los Delitos de Poder, Expansión y Garantismo

### 2.1. *El garantismo*

El modelo garantista ha sido propuesto como una alternativa al estado de derecho, buscando una teoría que se separe de los reduccionismos iusnaturalistas y positivistas, desde la teoría propuesta por Ferrajoli, el derecho se presenta como una limitación al poder, y una garantía de los más débiles frente a los poderosos. (Moreno, 2007, p.826-827)

Se desarrolla como un tercer modelo de estado, en contradicción a la insuficiencia del estado de derecho para dar una respuesta a la desigualdad social y económica, revisar los alcances de la legalidad y la decadencia del concepto de soberanía, para lo cual propone una multiplicación de las garantías de los derechos individuales tradicionales, el aseguramiento de la protección de los derechos sociales y un proceso de validación de la norma jurídica que incluye la legitimación formal –legalidad- y la legitimación sustancial –protección a derechos fundamentales-. (Moreno, 2007, p.827-828)

Se presenta como una teoría general del derecho que está integrada por una ciencia jurídica, -dogmática, sociológica e histórica- una filosofía política –doctrina normativa con valores éticos y fines universales- y la teoría del derecho garantista conformada bajo conceptos convencionales que involucra una teoría axiomática del derecho, que para su validez tiene exigencias jurídicas y para su vigencia exige la conformidad sustancial con la norma superior –la Constitución-.

Estos distintos niveles de garantismo se cristalizan en el desarrollo de una teoría política o de la justicia que propone una forma óptima de organización política, el estado y el derecho tienen un fin que es la tutela y garantía de los derechos fundamentales, (Pietro, 2011, p.21), para Ferrajoli la preocupación principal es la limitación del poder “El poder -todos los poderes, sean estos públicos o privados- tiende en efecto, ineludiblemente, a acumularse en forma absoluta y a liberarse del derecho” (Ferrajoli, 2000, p.121), por ello la propuesta tiene que desarrollarse como una teoría general y no puede simplemente quedarse en uno solo de los elementos que la conforman.

Superando la tradición de la primacía de lo político sobre lo jurídico, el Estado de derecho garantista se propone invertir los papeles: el derecho ya no es más un instrumento de la política; al contrario, ahora la política deberá ser el instrumento del derecho, sometida, en todos los casos a los vínculos normativos constitucionales. (Moreno, 2007, p.830)



Integra en su concepción una teoría política supeditada al derecho que proteja a los ciudadanos de los excesos del poder, y dentro de ello las desviaciones que este poder puede presentar y que ocasionan el desmedro de los derechos fundamentales de los individuos.

Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados de *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por *status* la condición de un sujeto, prevista de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicios de éstas. (Ferrajoli, 2005, p.19)

El fundamento del modelo son los derechos, su respeto y el establecimiento de garantías para que éstos no se conculquen ni se subordinen a la política y el poder, por ello, deben plantearse vínculos de limitación de éste último al derecho y principalmente al contenido sustancial del mismo, que reposa en los derechos fundamentales.

Si son normativamente de ‘todos’ (los miembros de una determinada clase de sujetos), estos derechos no son alienables o negociables sino que corresponden, por decirlo de algún modo, a prerrogativas no contingentes e inalterables de sus titulares y a otros tantos límites y vínculos insalvables para todos los poderes, tanto públicos como privados. (Ferrajoli, 2005, p.21)

Como filosofía política, plantea que la fuerza del derecho y sus instituciones carecen de justificación propia o inmanente, esta justificación únicamente se podrá encontrar de forma externa, en la garantía de los derechos de las personas, el estado debe mantenerse al servicio de los ciudadanos, y se legitima por la utilidad que presenta para lograr que ellos gocen en mayor medida de sus derechos, para ello es necesario conjugar la máxima autodeterminación de mayorías con la máxima protección de las minorías en su configuración. (Prieto, 2011, p.24-30)

La intervención del derecho –en su conjunto- como una limitación al poder desde las garantías, involucra a todo el sistema jurídico dentro del cual está también incluida la intervención penal, que debe responder a la lógica primigenia de la teoría que es la limitación del poder en función de los derechos de los ciudadanos. Esto impone sobre el derecho penal la necesidad de un modelo normativo de legitimación, una dogmática penal que solo puede prosperar en un marco jurídico del constitucionalismo, que tenga como fundamento los derechos fundamentales, no solo desde su proclamación sino desde su defensa.

Todos los derechos fundamentales -no sólo los derechos sociales y las obligaciones positivas que imponen al Estado, sino también los derechos de libertad y los correspondientes deberes negativos que limitan sus intervenciones- equivalen a vínculos de *sustancia* y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan, al mismo tiempo, los *finés* a que está orientado ese moderno artificio que es el Estado constitucional de derecho. (Ferrajoli, 2001, p.22)

Ferrajoli desarrolla como parte de su modelo, un garantismo penal, evidencia que el derecho penal en sí mismo constituye un mal, que pese a su necesidad social, conserva residuos de ilegitimidad, es por ello que necesita una justificación que debe buscarse en los derechos humanos, es decir, que debe constitucionalizarse, a través de un proceso que encuentre una fuerza vinculante que provenga de la Constitución, ya que se requiere que los principios sustantivos de los derechos humanos penetren en el orden jurídico, así el sometimiento de la creación del orden jurídico no incluye solo las formas de producción sino también al contenido sustancial, lo que provoca que no existan poderes soberanos. (Prieto, 2011, p.30-36)

Esta legitimación no tiene nada que ver con la de la democracia política, ligada a la representación. No se deriva de la voluntad de la mayoría, de la que asimismo la ley es expresión. Su fundamento es únicamente la intangibilidad de los derechos fundamentales. Y, sin embargo, es una legitimación democrática de los jueces, derivada de su función de garantía de los derechos fundamentales, sobre la que se basa la que he llamado <<democracia sustancial>>. En este sentido, el principio de igualdad y de legalidad se conjugan -como la otra faz de la misma medalla- con el segundo fundamento político de la independencia del juez: su función de averiguación de la verdad procesal, según las garantías del justo proceso. (Ferrajoli, 2001, p.27)

## **2.2. Garantismo y expansión del derecho penal**

Los discursos sobre la expansión suelen ser, entre otros, discursos políticos y jurídicos. Por discursos políticos se entienden aquellos que desde un plano moral, filosófico, económico o utilitario, ofrecen razones para legitimar la intervención penal del Estado en cualquiera de sus ámbitos. Por discursos jurídicos se tienen a aquellos que, aunque por lo general acompañados de discursos políticos de legitimación, se ocupan bien de la validez normativa de las interpretaciones expansivas o bien de ofrecer interpretaciones expansivas del derecho penal a partir de la normatividad vigente. (Sotomayor y Tamayo, 2014, p.179)

La teoría garantista, busca brindarle una legitimación al derecho penal, que vaya más allá de la utilidad que ha sido identificada por otras corrientes como el fundamento principal de la existencia de este –mal- generado para la organización social, así indica que el derecho penal es una técnica de definición, comprobación y represión de la desviación, que se manifiesta en restricciones y constricciones sobre las personas, constricciones que las divide en tres el delito, la pena y el proceso. (Ferrajoli, 2014, p.209)

Este conjunto de constricciones constituye un coste que tiene que ser justificado. Recae no solo sobre los culpables, sino también sobre los inocentes. Si de hecho todos están sometidos a las limitaciones de la libertad de acción prescritas por las prohibiciones penales, no todos ni sólo aquellos que son culpables de sus violaciones se ven sometidos al proceso y a la pena; no todos ellos, porque muchos se sustraen al juicio y más aún a la condena; ni solo ellos, siendo muchísimos los inocentes forzados a sufrir, por la inevitable imperfección y fiabilidad de cualquier sistema penal, el juicio, acaso la prisión preventiva y en ocasiones el error judicial. (Ferrajoli, 2014, p.209)

El autor plantea que para llegar a una justificación racional del derecho penal es necesario justificar el derecho a castigar –la pena-, definir los presupuestos de las penas –el delito- y

establecer la forma y procedimiento de la investigación y aplicación de las penas –el proceso- Estas tres cuestiones se identifican contestando las preguntas de por qué, cuándo y cómo prohibir, castigar y juzgar. (Ferrajoli, 2014, p.211)

Desde esta visión el establecimiento de cargas específicas que se desprenden de las prohibiciones que genera el derecho penal, deben responder para su justificación a fundamentos de carácter ético-político o externo, por lo que deben formularse no únicamente incorporando criterios genéricos de valoración o reprobación interna sino que requiere condiciones sustanciales de legitimación externa. (Ferrajoli, 2014, p.231)

En cualquier caso, la respuesta *quia prohibitum* traslada el problema al expresado por la pregunta ¿cuándo prohibir? ¿Por qué prohibir unas acciones y no otras? Es evidente que las respuestas a esta pregunta son sobre todo de justificación externa, dado que la elección de las acciones a prohibir se remite fundamentalmente a la potestad discrecional del legislador. El ordenamiento constitucional puede no obstante incorporar límites internos –como los requisitos estructurales de la lesividad del resultado, de la materialidad de la acción, de la responsabilidad penal, o, por otro lado las condiciones generales representadas por los principios de igualdad y libertad- que vinculan negativamente a la potestad prohibitiva y corresponden todas ellas a otras garantías, es decir a condiciones de validez o de legitimidad interna de las prohibiciones legales. Finalmente, por ser tanto la legitimación interna la cuestión ¿cuándo juzgar?: es una cuestión interna en ordenamientos como el nuestro, caracterizados por la obligatoriedad de la acción penal y por la prohibición de denegación de justicia; pero es una cuestión al menos parcialmente externa en ordenamientos en que la acción penal no es obligatoria y queda remitida a la discrecionalidad de los instructores. Y en todo caso es siempre una cuestión de justificación externa la elección entre esos diferentes sistemas judiciales, como por lo demás entre distintos métodos de producción legislativa. (Ferrajoli, 2014, p.233-234)

En este momento y ya fijados los fundamentos que debe solventar el derecho penal desde el garantismo, es necesario que definamos que es un proceso de expansión del derecho penal, para poder identificar si este proceso podría encontrar fundamentación en la teoría que analizamos.

[...] las prácticas y las ideologías penales y de control social en la historia moderna y contemporánea siempre han experimentado un proceso de difusión y expansión que en definitiva reconduce (en el sentido de que se adhiere) al punto de vista dominante (que es tal porque se ha desarrollado en los países hegemónicos) sobre la cuestión criminal. Cómo se deba tratar a los delincuentes no es algo que en la modernidad y en la contemporaneidad se haya dejado librado, indiferentemente, a las contingencias nacionales. En efecto, el gobierno de la cuestión criminal es una expresión del modo de entender el orden social en su totalidad y por lo tanto es, por excelencia, el componente más importante que una cultura expresa en su complejidad [...] (Pavarini, 2009, p.21-22)

El debate de legitimidad del derecho penal va a ser abordado desde las teorías del derecho desde diferentes enfoques, el primero reduccionista, que se centra en la protección de derechos fundamentales y un segundo expansionista que va a poner énfasis en la seguridad y protección de la sociedad a través de un proceso de combate eficaz al fenómeno criminal, desde esta teoría

la legitimación del derecho penal no es externa, sino interna y descansa en la necesidad de intervención para la preservación de la sociedad.

Actualmente el debate sobre la legitimidad del derecho penal se ve cada vez más caracterizado por el binomio “reduccionismo” *versus* “expansionismo”, o bien por el debate sobre el contexto y sobre las exigencias de la “modernización del derecho penal”. Esta estrategia se contrapone a la doctrina de la resistencia (o doctrina del garantismo penal), descalificada como ultraliberal y reaccionaria, y se posiciona a favor de un derecho penal eficaz en el combate de los fenómenos criminales y por esto obligado a atenuar los vínculos históricos de la hipoteca garantista. Aquí se coloca la teorización del derecho penal del enemigo. La cuestión, por lo tanto, ya no es académica o no lo es solamente. Para Jakobs, en efecto, ningún contexto normativo, incluyendo la persona en el derecho, es tal de por sí, es decir por “deber ser”, sino que deviene real sólo en el momento en que este contexto normativo se socializa e historiza. Esta tesis lleva a sostener que quien no ofrece un grado suficiente de seguridad cognitiva respecto a sus comportamientos futuros no puede esperar ser tratado como persona. El derecho penal del enemigo existe, entonces, en los hechos; y existe porque es necesario; luego, si es necesario, es también legítimo. (Pavarini, 2009, p.31-32)

Las necesidades de política criminal, están ligadas a la ideología del gobierno que se encuentre en administración del estado, quien realiza el ejercicio de escoger las conductas que quiere combatir y la forma como hacerlo. Pero la respuesta se da no solo en clave ideológica sino también en respuesta a las demandas de seguridad que nacen de la propia sociedad de riesgo, y que rebasan la función de representación que proveen la democracia y el estado de derecho.

Ninguna parcela del ordenamiento jurídico es más sensible a las variaciones ideológicas que el Derecho Penal. Como ya ha sido apuntado, la influencia de los cambios políticos en las leyes punitivas es evidente, con una simple ojeada por fugaz que sea a la historia de los pueblos. El derecho de castigar expresa, en gran medida la ideología y en consecuencia las convicciones o falta de convicciones jurídicas de una determinada sociedad. (Morillas, 2002, p.3)

Desde las proposiciones teóricas podría identificarse que un proceso de expansión del derecho penal no es compatible con el garantismo, que propugna un derecho penal mínimo, si se argumenta que no responde a un proceso de legitimación externa desde los derechos fundamentales, y se justifica el proceso de ejercicio del poder punitivo únicamente en cuestiones ideológicas y demandas de seguridad. Sin embargo, la concepción de derecho penal mínimo incluso desde la teoría no presenta límites que se identifiquen completamente delineados y claros.

Ciertamente, en principio, no parece sino que la expresión "Derecho penal mínimo" engloba propuestas diversas cuyo denominador común es una vocación restrictiva del Derecho penal, pero sin que exista una coincidencia total en cuanto al alcance exacto de las mismas [...] En el caso de Baratta, el punto de partida de la orientación minimizadora ha venido siendo la estimación de la radical injusticia e inutilidad de la pena, cuya función sería la reproducción de las relaciones de dominio preexistentes, recayendo fundamentalmente sobre las clases subalternas. A partir de ello, ha pretendido desarrollar una teoría de la "minimización" de la intervención penal a partir de los derechos humanos y, según creo, desde una visión *conflictiva* de nuestro modelo social. [...] El contenido que Baratta atribuye a la propuesta, sin embargo,

no parece coincidir exactamente con la visión que del "Derecho penal mínimo" tiene el máximo difusor de esta expresión (Luigi Ferrajoli), quien también lo denomina *garantista*, cognitivo o de estricta legalidad [...] Además, es preciso subrayar que este último autor estima que se trata "de un modelo límite, sólo tendencial y nunca perfectamente satisfactorio". El término "Derecho penal mínimo" y su contrapuesto (Derecho penal máximo) se configuran en Ferrajoli por referencia "bien a los mayores o menores vínculos garantistas estructuralmente internos al sistema, bien a la cantidad y calidad de las prohibiciones y las penas en él establecidas" (Silva, 2006, p.2-3)

El "modelo normativo de derecho" desde el garantismo, caracterizado por un sistema de poder mínimo, una técnica de protección de derechos, que busca reducir la violencia y maximizar la libertad con un sistema de sujeciones de la potestad punitiva del Estado, en salvaguarda de los derechos de los ciudadanos podría identificarse como un modelo cuya finalidad sería el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo. (Camargo, 2017, p. 41-42) Sin embargo, es posible identificar que procesos de tipificación y ampliación de tipos penales pueden tener una justificación en la protección de derechos fundamentales, por ejemplo cuando se incorporan modalidades culposas o preterintencionales de atentados contra la vida. La vida no únicamente es un bien jurídico protegido por el derecho penal, sino un derecho fundamental.

Sin duda, el discurso de los derechos humanos podría legitimar no solo al sistema penal sino también su expansión. Por un lado, el sistema de protección de derechos promueve la tipificación de ciertas violaciones de derechos humanos, y establece condiciones para la imposición de penas. Por otro lado, en la misma línea, las constituciones contemporáneas dibujan las líneas que configuran el poder punitivo del estado. (Ávila, 2013, p.11-12)

El autor precitado señala que en los derechos humanos se pueden fundamentar procesos expansivos del derecho penal, lo que es recogido como una crítica al sistema penal nacional, posteriormente en su texto identifica que si bien se puede justificar este proceso de crecimiento de la intervención penal, el mismo es peligroso y pernicioso, por lo que debe ser evitado.

Por ello, nunca hay que descansar en multiplicar las voces y en repetir y reactualizar los discursos para no olvidar los efectos perniciosos de la expansión del poder punitivo. El estado constitucional y democrático contemporáneo requiere teorizar, legislar y aplicar un derecho penal plural, diferente, integrado, más humano, interdisciplinario, legitimado por su respeto a los derechos humanos, conciliador, útil y plural. En suma, un mecanismo más para enfrentar la violencia y proteger los derechos de las personas más débiles, que lo único que tienen es derechos fundamentales. (Ávila, 2013, p.129)

Pensada la intervención y expansión del derecho penal desde las teorías tanto jurídicas, políticas como criminológicas, se identifica una propensión del derecho penal a reprimir a los más débiles de la sociedad y a los excluidos, y efectivamente pueden identificarse en nuestra legislación, procesos de expansión que se evidencia perjudican a los sectores marginados y

marginales de la sociedad, reformas como las realizadas a delitos contra la propiedad como el robo y la extorsión, son un ejemplo claro de lo que identifican estos teóricos.

Para Pavarini (2009) no es tanto la crisis de la política lo que determina el efecto de expansión del derecho penal, sino que se trata de una recalificación de la política, que busca instaurar contra-poderes y reencontrar la soberanía perdida en el sistema de representación. (p. 169) Esto produce que en el derecho penal proliferen el reconocimiento de nuevas conductas sancionables que van a ser de diferente carácter y que responden a una necesidad cada vez más creciente de seguridad. Los mismos que no responden únicamente a procesos de clamor ciudadano interno, sino a demandas que provienen de los organismos internacionales y procesos globalizantes.

Estos hechos explican la expansión de poder punitivo en nuestra región, que se sustenta en consensos internacionales que obligan a los estados a adecuar sus sistemas jurídicos: [...] los tipos penales se han multiplicado (medio ambiente, drogas, lavado de activos, trata de personas, pornografía infantil...) y las penas han aumentado en toda la región. De la mano de estas reformas, la reincidencia ha vuelto a estar en el orden del día y se ha determinado que sea una causal para la agravación penal y hasta para la imposición de la prisión preventiva. (Ávila, 2013, p.9-10)

Para Silva Sánchez (2006) este proceso expansivo tiene las siguientes causas: el apareamiento de nuevos intereses, que se traduce en la generalización de nuevas realidades o realidades existentes que no fueron reparadas con anterioridad, que provocan la aparición de nuevos bienes jurídicos especialmente importantes y que requieren protección a través del derecho penal, los mismos que incluso pueden nacer del reconocimiento de nuevos derechos como los colectivos y difusos. (p.12)

La sociedad de riesgo y la aparición efectiva de nuevos riesgos, que genera la institucionalización de la inseguridad, que evidencia no únicamente una generación de riesgos sino un proceso de distribución de los mismos, que produce a la vez una sensación social de inseguridad que es transmitida por la comunicación e información. (Silva, 2006, p.13-17)

La crisis del estado social y de bienestar que convierten a los ciudadanos en clases pasivas, e identificación de la mayoría social como víctima del delito (Silva, 2006, p.48); el descrédito de otras instancias de protección, las opciones no jurídicas o no jurídico-penales, son inexistentes o se identifican como ineficaces, para alcanzar los fines protectivos que se requiere, lo que se ve reforzado por actores morales atípicos, la pérdida de los valores ideológicos de la derecha y la izquierda y el modelo gerencial del estado. (Silva, 2006, p.68)

Estos procesos de expansión, por tanto, responden no únicamente al carácter arbitrario y estigmatizante del derecho penal, sino a una serie de factores sociales que identifican a la intervención penal como uno de los mecanismos más idóneos para incidir en los problemas,

desde este marco se provoca una proliferación de conductas, que en muchos casos convierten al derecho penal en simbólico, en dos sentidos, como símbolo de represión y como posibilidad de visibilización – como en temas de género-, o en su defecto como un símbolo tipificado que no es aplicado.

El proceso expansivo según Silva Sánchez, no se agota con el análisis de las causas que lo provocan, sino que el mismo es multiplicado por la globalización económica y la integración regional, estos dos fenómenos estimulan fenómenos anteriormente inexistentes que son abordados por los organismos internacionales y recogidos por países y regiones a través de instrumentos internacionales, que imponen a los estados deberes de tipificación o acotamiento de tipos penales en función de compromisos internacionales y códigos modelos.

Para el autor este es un camino de no retorno, en cualquier modelo constitucional que se elija, y considera que “Lo que interesa poner de relieve en este momento es tan sólo que seguramente existe un espacio de *expansión razonable* del Derecho penal. Aunque con la misma convicción próxima a la seguridad deba afirmarse que también se dan importantes manifestaciones de la *expansión irrazonable*.” (Silva, 2006, p.12)

En conclusión, todo proceso de tipificación de una conducta o ampliación del rango punitivo, constituye un proceso expansivo del derecho penal, que puede responder a una o varias de las causas identificadas por Silva Sánchez, y no todo proceso expansivo puede ser justificado desde los derechos fundamentales, sin embargo, es un proceso inevitable en las legislaciones del mundo, por los fenómenos que presenta la sociedad postindustrial y lo que debe buscarse es que estos procesos expansivos se mantengan en un marco de razonabilidad.

La justificación del poder punitivo, ya sea externa como interna, tambalea, haciendo repensar el derecho penal desde sus funciones de contención, acotamiento y reducción, ideales que son de muy difícil consecución si no pensamos en teorías intermedias que se sitúen entre la exclusión y la guerra contra los enemigos del estado.

Podría decirse que los derechos humanos, como el Dr. Jekyll y Mr. Hyde, conviven actualmente con dos caras contradictorias entre sí. Por una parte, el indiscutible contenido de garantía y por otro el ya cuestionado carácter de legitimación del poder punitivo. Dicha situación es la que ha facilitado su instrumentalización como medio de expansión punitiva, exigiendo más poder punitivo y menos garantías, ocultando la aporía que supone el hecho de que la respuesta frente a quienes atentan o lesionan los derechos humanos consista en la restricción de los derechos humanos mismos. (Sotomayor y Tamayo, 2014, p.183)

### **2.3. Delitos de poder, garantismo y expansión**

Ha cambiado sobre todo la *cuestión criminal*. La criminalidad que hoy en día atenta contra los derechos y los bienes fundamentales no es ya la vieja criminalidad de subsistencia, ejecutada por sujetos individuales, prevalentemente marginados. La criminalidad que amenaza más gravemente los derechos, la democracia, la paz y el futuro mismo de nuestro planeta es

seguramente la *criminalidad del poder*: un fenómeno no marginal ni excepcional como la criminalidad tradicional, sino inserto en el funcionamiento normal de nuestras sociedades. (Ferrajoli, 2006, p.3)

En el capítulo 1 tratamos sobre las desviaciones del poder, y en este nos vamos a concentrar en los delitos que provocan estas desviaciones, los delitos de poder, cometidos por los poderosos, los que suelen escapar a los análisis criminológicos, o las explicaciones que se desarrollan no permiten abarcarlos.

Estos delitos son cometidos por personas que ostentan poder político o económico, por ello no se trata de sectores que se desarrollen en ambientes de exclusión social o económica, sino que por el contrario, poseen recursos importantes en todo orden, pese a esta situación privilegiada, cometen delitos, que en una buena cantidad de casos, provocan efectos lesivos de importancia, que se traducen en perjuicios para la sociedad en su conjunto.

La corriente teórica que estudia los “delitos del poder” [*power crime*] apunta a que uno de los elementos fundamentales para entender los delincuentes “poderosos” es la gran cantidad de recursos que poseen, tanto materiales como simbólicos, en comparación con los recursos de sus víctimas. (Ruggiero y Welch, 2009; Ruggiero, 2015a). (González, 2019, p.79)

Aunque existen estudios que dan cuenta de las motivaciones que tendría este sector poblacional para cometer delitos, los relacionados con la intervención que debería realizarse no han proliferado, debido a las condiciones especiales de los autores y su capacidad de incidir en la política y el derecho, lo que hace que las actividades criminales que se desarrollan, queden invisibilizadas, en la impunidad y fuera de la intervención del poder punitivo y el derecho penal. No llegan a ser alcanzados por el Estado, o se define su situación desde la persecución política, lo que genera propuestas de derecho penal mínimo también en estos espacios, aunque no se compartan las características que habíamos identificado, respecto de los delitos de los marginados y su protección frente al ejercicio punitivo del estado.

Dentro de los delitos de poder, están ubicados los delitos de corrupción –ya sea pública o privada-, y los cometidos por desviaciones del poder en el ejercicio de la administración pública, hacemos esta precisión, porque el presente ejercicio a partir del análisis de un caso va a concentrarse en un delito contra la administración pública, que corresponde a ésta categoría, el peculado, y específicamente se busca justificar un proceso expansivo en ésta figura típica.

Partiendo de las peculiaridades que han sido anotadas y de la exposición teórica que hemos hecho hasta este momento, el ejercicio que se desarrollará a continuación, busca justificar la expansión del derecho penal, en un delito de poder, contra la administración pública, desde nuestro sistema que se identifica como garantista.



En la Constitución del 2008, el Ecuador se ha identificado como un estado de derechos y justicia al tenor de lo dispuesto en el artículo 1<sup>5</sup> de dicho cuerpo fundamental; desde el garantismo, es necesario realizar un ejercicio de justificación tanto interna como externa, de la intervención del poder punitivo en cualquier espacio social, por ello vamos a analizar las razones del derecho penal, propuestas por Ferrajoli, para responder las preguntas de si se justifica o no la tutela penal mediante la prohibición de comportamientos culposos en el delito de peculado.

El autor en su teoría, analiza las razones del derecho penal, desde la pena, el delito y el juicio, haciéndose las preguntas de cuándo y cómo castigar, prohibir y juzgar, respecto a estas cuestiones nos plantea los siguientes problemas centrales:

“a) las condiciones de justificación de la imposición en concreto de las penas, así como de la naturaleza y medida de las penas impuestas; b) los intereses que justifican o no justifican la tutela penal mediante la prohibición como delitos de unos comportamientos y no de otros; c) las razones que justifican o no justifican la procedibilidad judicial, y por otro lado, los diferentes modelos de juez y de juicio [...]” (Ferrajoli, 2014, p.353)

Para la justificación de la pena, Ferrajoli señala que es necesario el cumplimiento de requisitos metaéticos el primero la valoración del fin.

[...] es necesario que el fin sea reconocido como un bien extrajurídico -es decir, externo al derecho- y que el medio sea reconocido como un mal -esto es, como un costo humano y social que precisamente por eso ha de justificarse [...] La justificación de las penas debe entonces suponer la de las prohibiciones penales, de forma que dicha justificación no puede ser ofrecida sin una preventiva fundación ético-política de los bienes materiales merecedores de protección penal [...] (Ferrajoli, 1995, p.30)

Esta justificación ético política ha de valorarse en función de los medios que se emplean para la persecución del fin.

[...] Para que una doctrina de justificación no se convierta en una ideología de legitimación normativista, es necesario que los medios sean congruentes con los fines, de modo que las metas justificadoras del derecho penal puedan ser empíricamente alcanzadas con las penas y no lo sean sin las penas. Pero además, para que ella no sea utilizada directamente como justificación apriorística, es asimismo necesario que los fines sean homogéneos con los medios, de forma que el mal procurado por las penas sea confrontable con el bien perseguido como fin y, del mismo modo, se pueda justificar no sólo la necesidad sino también la naturaleza y la medida como mal o costo menor en relación con la fallida satisfacción del fin [...] (Ferrajoli, 1995, p.30)

---

<sup>5</sup> **Art. 1.-** El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible. (CRE, 2008, Art. 1)

Utilizando la doctrina podemos identificar un fin justificable en la imposición de penas en delitos de poder, si el garantismo se concibe, como una teoría de limitación al poder, estos delitos constituyen un ejercicio abusivo del mismo, y por tanto, hay una finalidad en la imposición de la pena, que es evitar su desbordamiento, que nace del propio sistema, ahora bien, es necesario identificar si más allá de la justificación el medio imposición de pena es congruente con el fin, que sería la contención del ejercicio del poder de forma abusiva.

Si el fin es la contención del poder, y el medio es el empleo de la pena, este solo encuentra congruencia en la protección del débil contra el fuerte, lo que impide el ejercicio de la violencia por sectores fuera del estado que ostenta el monopolio de la misma, al penar el ejercicio abusivo del poder, se protege al más débil, porque los que ostentan el poder, constituyen los fuertes, y quienes a través de estas desviaciones serán los que vulneren los derechos de los débiles.

Es claro que, entendido de esta manera, el fin del derecho penal no puede reducirse a la mera defensa social de los intereses constituidos contra la amenaza representada por los delitos. Dicho fin supone más bien la protección del débil contra el más fuerte, tanto del débil ofendido o amenazado por el delito, como del débil ofendido o amenazado por las venganzas; contra el más fuerte, que en el delito es el delincuente y en la venganza es la parte ofendida o los sujetos con ella solidarios. Precisamente -monopolizando la fuerza, delimitando los presupuestos y las modalidades e impidiendo el ejercicio arbitrario por parte de los sujetos no autorizados- la prohibición y la amenaza de las penas protegen a los reos contra las venganzas u otras reacciones más severas. En ambos aspectos la ley penal se justifica en cuanto ley del más débil, orientada hacia la tutela de sus derechos contra las violencias arbitrarias del más fuerte. De este modo, los derechos fundamentales constituyen precisamente los parámetros que definen los ámbitos y los límites como bienes, los cuales no se justifica ofender ni con los delitos ni con las puniciones. (Ferrajoli, 1995, p.37)

Desde la misma teoría, se justifica la intervención penal en los delitos de poder en general ya que hay una justificación ético política y los mecanismos empleados guardan congruencia con la finalidad identificada, que responde a derechos fundamentales que son varios relacionados con la limitación del poder en beneficio del débil<sup>6</sup>.

En este punto y justificada la pena en delitos de poder, es necesario identificar que la presente investigación por su extensión, se va a concentrar en el tipo penal de peculado, un delito de corrupción y la posibilidad de extensión de la punición a conductas culposas. Ahora bien, hay una justificación metaética para este delito en particular.

Finalmente, la tercera forma de criminalidad del poder es la que, operando también ella organizada, se pone en acción por los *poderes públicos*. Aquí nos encontramos, por desgracia, frente a una fenomenología compleja y heterogénea. Existen sobre todo diversas formas de corrupción y de apropiación de la cosa pública, que parecen actualmente haberse convertido, como lo ha documentado ampliamente Jorge Malem, en una dimensión ordinaria de los poderes

---

<sup>6</sup> Se pueden listar varios derechos fundamentales que están relacionados con la limitación del ejercicio abusivo del poder, desde el derecho a la vida, hasta los derechos sociales, en los que el poder mantiene obligaciones tanto de prestación como de abstención, el ejercicio de estos derechos y su protección depende de tanto poderes públicos como privados cumplan sus función de mantener al individuo y su dignidad como eje central.

públicos [...] El vínculo con la criminalidad de los poderes económicos es obviamente estrechísimo [...] Está claro que, como todos los fenómenos criminales, este tipo de criminalidad es una manifestación no sólo de desviaciones sociales, sino también de desviaciones institucionales. Es un signo de la patología del ordenamiento y, a causa de su carácter prevalentemente oculto, expresión degenerada de una crisis del Estado de derecho y de la democracia misma. (Ferrajoli, 2006, p.4)

Se identifica un fin justificable en la imposición de penas en delitos de peculado, el mismo es un delito de corrupción, que busca precautelar la fidelidad de los funcionarios públicos y el erario del estado, estos recursos se utilizan para poder intervenir en las obligaciones de prestación que acarrear los derechos fundamentales, hay una finalidad identificable en la imposición de la pena, que es evitar el desvío de los recursos y que estos no sean utilizados para los fines sociales en que deben emplearse, identificado el fin, para establecer si hay una congruencia con los medios, es necesario a la vez identificar si se protege al débil, al respecto habría que establecer si la corrupción, dentro de ésta el delito de peculado, tiene conexiones de vulneración a derechos fundamentales.

Si bien no hay una postura única para responder esta pregunta, he optado por considerar que si existe una conexión entre la corrupción y la protección de derechos humanos, ya que muchos derechos dependen de acciones de prestación por parte del estado para su real cristalización.

[...] la corrupción afecta a los derechos humanos ya reconocidos y que están codificados en los Pactos sobre los derechos humanos de la ONU. En la práctica, los derechos sociales son los que resultan más afectados, especialmente por la corrupción menor [...] Sin embargo, también los clásicos derechos humanos liberales pueden ser socavados por la corrupción [...] (Peters, 2015, p.12)

La cita nos presenta una posición, la corrupción y los delitos relacionados con ella, afectan derechos humanos tanto sociales como liberales y constituye un elemento que limita el ejercicio de sus derechos a las personas que se encuentran sometidas de facto al poder de los funcionarios, y que el estado incluso se encuentra en la obligación no solo a nivel interno, sino también internacional de prevenir y proteger. Esto nos lleva a concluir que los actos corruptos y una política anticorrupción insuficiente o inexistente, pueden considerarse una violación de los derechos humanos concretos, especialmente en el campo de los derechos sociales. (Peters, 2015, p.31) Si bien las posturas más conservadoras consideran que la corrupción socaba el disfrute de los derechos, si se puede identificar pronunciamientos de que ella en sí misma constituye una violación de derechos humanos. (Peters, 2015, p.16)

[...] Por ejemplo, la Corte Constitucional de Sudáfrica sostiene que la “[c]orrupción y la mala administración son inconsistentes con el imperio de la ley y los valores fundamentales de nuestra Constitución. Estos socavan el compromiso constitucional hacia la dignidad humana, el logro de la igualdad y el avance de los derechos humanos y las libertades” [...] En una decisión del 2012, la Corte Suprema de la India sostuvo que la “[c]orrupción [...] socava los

derechos humanos, violándolos indirectamente”, y que “la corrupción sistemática es una violación de los derechos humanos en sí misma” [...] (Peters, 2014, p.13-14)

Si adoptamos esta posición la desviación de poder, que provoca una afectación a la administración pública en su conjunto y al erario estatal priva a la ciudadanía del disfrute y ejercicio pleno de los derechos consagrados en la carta fundamental como la salud, educación, la seguridad social entre otros, los que se limitan ante la escasez de recursos por parte del estado para cumplir con sus obligaciones de prestación, por ello los medios empleados a través de la imposición de una pena, se ven justificados.

Un sistema penal -puede decirse- está justificado únicamente si la suma de las violencias -delitos, venganzas y punitivas arbitrarias- que él puede prevenir, es superior a la de las violencias constituidas por los delitos no prevenidos y por las penas para ellos conminadas. Naturalmente, un cálculo de este género es imposible. Se puede decir, no obstante, que la pena está justificada como mal menor -esto es, sólo si es menor, o sea menos aflictiva y menos arbitraria- respecto a otras reacciones no jurídicas y más en general, que el monopolio estatal de la potestad punitiva está tanto más justificado cuanto más bajos son los costos del derecho penal respecto a los costos de la anarquía punitiva. (Ferrajoli, 1995, p.37)

La protección a derechos fundamentales, que es en definitiva la cuestión que se analiza en este acápite, tampoco se presenta libre de críticas, se ha identificado que su aplicación, lleva al crecimiento desmedido del derecho penal, porque siempre se podrá encontrar justificación en la protección a los derechos de las personas, que permita la proliferación de conductas delictivas o su ampliación, sin embargo, en nuestro objeto de análisis efectivamente se encuentran justificaciones en la protección a derechos fundamentales, que debido a su dimensión e involucramiento, se identifican como un objeto de protección que no rebasa la racionalidad.

Dicho discurso ha influenciado el crecimiento del derecho penal en la medida en que, en tanto el Estado tiene el deber de garantizar el ejercicio de los derechos humanos, se plantea que los mismos contienen mandatos de criminalización, pues el Estado debe intervenir penalmente en contra de las actuaciones de sus propios funcionarios o de particulares que atenten contra el libre ejercicio de los derechos humanos, como manera de garantizar a las víctimas de dichas vejaciones la verdad, justicia y reparación. Así entendidos, los derechos humanos más que garantía de prestación-inmunidad se convierten en cartas abiertas a la intervención del derecho penal, pues en la base de tal planteamiento subyace una concepción retributiva sustentada en un fuerte contenido moral, que entiende que en el núcleo de cada derecho humano se encuentra ínsita la obligación de restringir otro derecho humano por la vía penal, lo cual, en últimas, parece no ser otra cosa que una reformulación de la ley del talión. (Sotomayor y Tamayo, 2014, p.182-183)

Una vez justificada la pena, es necesario justificar el delito y para ello hay que contestar las preguntas de cuándo y cómo prohibir, en Derecho y Razón el autor nos indica que la posibilidad de llegar a criterios positivos y absolutos de justificación externa y legitimación interna de los contenidos de una prohibición es ideal y queda excluida de las posibilidades del derecho, por

lo que es necesario acudir a criterios negativos o limitadores, que presenten condiciones necesarias de legitimidad los cuáles son las garantías penales o sustanciales que se encuentran expresadas en la lesividad, materialidad y responsabilidad personal. (Ferrajoli, 2014, p.463)

Así la prohibición de una conducta debe responder al objetivo de tutelar a los ciudadanos y sus derechos y de minimizar la violencia, en atención a ello la intervención penal está legitimada en función de su absoluta necesidad, incorporando las prohibiciones mínimas necesarias, para impedir comportamientos lesivos que de no prohibirse supondrán una mayor violencia y una lesión a derechos más grave que la que ya se genera por la aplicación del derecho penal. (Ferrajoli, 2014, p.466)

Este primer límite nace de la necesidad, es preciso identificar, si existe una necesidad de ampliación del tipo penal de peculado a conductas culposas, como ya indicamos anteriormente, el peculado es un delito de corrupción, que se encuentra comprendido dentro de los delitos de los poderosos, esta necesidad va a justificarse en el primero de los requisitos axiológicos del delito que han sido planteados por el modelo garantista, la lesividad, que estas acciones representan para terceros.

Hay además otra razón que convierte en gravemente peligrosa la criminalidad del poder: el hecho de que, en todas sus variadas formas, atenta contra bienes fundamentales, tanto individuales como colectivos, incluyendo la paz y la democracia. Al consistir en la desviación no ya de individuos aislados, sino de poderes desenfrenados y absolutistas, se caracteriza por una pretensión de impunidad y una capacidad de intimidación tanto mayor cuanto más potentes son las organizaciones criminales y sus vínculos con los poderes públicos. Pero es justamente esta mayor peligrosidad y relevancia política de la cuestión criminal la que vuelve más importantes que nunca las dos funciones de prevención y garantía del derecho penal, ilustradas en el primer párrafo. (Ferrajoli, 2006, p.4-5)

Si como habíamos indicado, es necesaria la contención del poder y los efectos nocivos de ésta en una sociedad, se extienden a la escasez de recursos para atender las necesidades de prestación del estado en relación a los derechos fundamentales, podemos concluir que la intervención del derecho penal, se torna como necesaria, en principio, no hay discusión en cuanto a las modalidades dolosas de comisión del delito analizado, se provoca un efecto lesivo, en que el sujeto pasivo correspondería al estado, sin embargo, estos efectos se ven trasladados a la población que conforma ese estado, lo que nos lleva a pensar, ¿la lesividad que se provoca con conductas culposas es menor, o tiene la misma capacidad de traslación?

Es claro que todo esto es efecto y causa de una crisis profunda del derecho. Bajo dos aspectos. Está en crisis, en primer lugar, la credibilidad del derecho. Disponemos actualmente de muchas cartas, Constituciones y declaraciones de derechos, estatales, continentales, internacionales. Los hombres son hoy, por tanto, incomparablemente más iguales, en derecho, que en el pasado. Y sin embargo son también, de hecho, incomparablemente más desiguales en concreto, a causa de las condiciones de indigencia de las que son víctimas miles de millones de seres humanos, a pesar de lo que dicen esos textos. Nuestro "tiempo de los derechos", como lo ha llamado

Norberto Bobbio, es también el tiempo de su más amplia violación y de la más profunda e intolerable desigualdad. (Ferrajoli, 2006, p.2)

De manera objetiva, una afectación al bien jurídico administración pública, causa la misma afectación a éste y a los ciudadanos sea que provenga de acciones dolosas como culposas, y si la función de la intervención penal es la defensa de los sujetos más débiles por medio de la tutela de derechos o intereses que se consideran como necesarios o fundamentales, la lesividad se encuentra justificada, más aún cuando la no intervención en estas conductas delictivas provoca la proliferación de la criminalidad común, porque profundiza los procesos de exclusión, sin recursos no hay inversión social, que pueda generar impacto en la pobreza y exclusión.

Con el crecimiento de las desigualdades económicas se ha determinado un aumento de la criminalidad callejera y conjuntamente un endurecimiento de las características selectivas y antiguarantistas de la represión penal, que golpea, incluso más duramente que en el pasado, a los grupos más pobres y marginados, como los tóxico-dependientes, los inmigrantes o los desempleados. Por el contrario, por ejemplo en Italia, tras la breve etapa de "*Mani Pulite*", ha crecido la impunidad y a la vez la pretensión de impunidad de la criminalidad del poder, así como la corrupción y los delitos societarios (*falsi in bilancio*) y la criminalidad mafiosa de los poderes criminales. (Ferrajoli, 2006, p.5)

Con lo manifestado y al haber contestado la pregunta de la lesividad, pasamos a analizar el siguiente requisito, expresado en el principio de materialidad *–nulla iniuria sine actione–*, según este principio ningún daño, por grave que éste sea, puede ser penalmente relevante, si no proviene de una acción, en consecuencia, los delitos como presupuesto de la pena, deben concentrarse en acciones humanas y describirse en cuanto tales por la ley penal. (Ferrajoli, 2014, p.480)

Concentrándonos en nuestra propuesta, habría acciones de índole culposa que corresponderían a una exteriorización material de la conducta, que puede tratarse de una acción u omisión, ya que la teoría no la limita, las acciones tanto comisivas como omisivas, son acontecimientos empíricos, taxativamente descriptibles, cuya verificación es cuestión de hechos y no de valores que pueden ser verificables y refutables. (Ferrajoli, 2014, p.483-484)

Con estos elementos, estaría justificada la intervención en el delito de peculado, con una ampliación a conductas culposas, ya que estas se expresan materialmente en acciones u omisiones<sup>7</sup> que pueden ser verificables y contrastables como establece la exigencia de la teoría, es decir, que no se estaría incluyendo cuestiones de fuero interno, ni referentes al autor, aunque se trate de sujetos con calificación, sino ampliándose a conductas humanas.

---

<sup>7</sup> Posteriormente realizaremos un análisis de las omisiones a la luz de nuestra legislación.

En cuanto a la responsabilidad del autor, culpabilidad o exigibilidad –*nulla actio sine culpa*– desde el cual ningún hecho puede ser valorado como acción si el mismo no proviene de una decisión, no puede ser castigado, ni siquiera prohibido si no es intencional, realizado con conciencia y voluntad, por una persona que sea capaz de querer y comprender ese comportamiento (Ferrajoli, 2014, p.487)

[...] puede descomponerse en tres elementos, que constituyen otras tantas condiciones subjetivas de responsabilidad en el modelo penal garantista: a) la personalidad o suidad de la acción, que designa la susceptibilidad de adquisición material del delito a la persona de su autor, esto es, la relación de causalidad que vincula recíprocamente decisión del reo, acción y resultado del delito; b) la imputabilidad o capacidad penal, que designa una condición psicofísica del reo, consistente en su capacidad en abstracto de entender o de querer; c) la intencionalidad o culpabilidad en sentido estricto, que designa la conciencia y voluntad del concreto delito y que, a su vez puede asumir la forma de dolo o culpa, según la intención vaya referida a la acción y al resultado o solo a la acción y no al resultado, no querido ni previsto aunque sí previsible. (Ferrajoli, 2014, p.489-490)

De la cita podemos identificar que el elemento analizado, si bien corresponde al análisis del delito, este se hace a posteriori en función de la capacidad del sujeto activo, ante la atribución de la conducta, sin embargo, reconoce a la culpa como una de las formas de establecimiento de la conciencia y voluntad, por lo que también se encuentra una justificación en abstracto a la expansión propuesta, que tendrá sus limitaciones ya en el análisis de las categorías dogmáticas del delito al momento de su juzgamiento.

Contestadas y justificadas las primeras interrogantes, llegamos al punto del juzgamiento, cuándo y cómo juzgar, la misma que va enfocada a las garantías penales, acompañadas por las garantías procesales, el presente ejercicio no propone un relajamiento de las garantías, que ya se encuentran contempladas en nuestro ordenamiento y que serán las mismas que se empleen en el juzgamiento del peculado.

Al introducir conductas culposas, no se intenta relajar las garantías procesales, sino que al contrario, lo que se busca es a través del ejercicio de la acción penal, enfocarse en delitos que afectan a la mayoría de la población que no son combatidos por parte del estado, porque son delitos cometidos por los poderosos, que al quedar impunes, inciden en el proceso de discriminación y selectividad del derecho penal, haciendo que sean los delitos de criminalidad callejera los que sean más combatidos.

3. El tercer orden de indicaciones se refiere al proceso y al ejercicio de la acción penal. El derecho penal ha estado siempre viciado, en contraste con su modelo ideal, por un grado más o menos alto de discriminación y de selectividad estructural, que le ha llevado constantemente a reprimir antes que nada la criminalidad callejera de las personas más pobres. Basta observar los altos porcentajes de negros en los Estados Unidos y, en Europa, de inmigrantes, entre los condenados y los detenidos. Más que una elección consciente, esta selectividad es el fruto, además de la presión de los *mass media*, de un reflejo burocrático de los aparatos policiales y

judiciales: los delitos cometidos por estas personas, normalmente privadas de defensa, son más fácilmente perseguibles que los cometidos por personas pudientes. (Ferrajoli, 2006, p.9)

Esta discriminación, desde la facilidad de persecución, nos tiene que movilizar para repensar los delitos como el analizado, dar una respuesta que permita que se compense este procesos de selección discriminada y discriminante, y nos lleve a enfocar la política criminal a conductas que lesionan bienes jurídicos plurales, que en caso de ser controlados, podrían la intervención estatal en las causas de la desigualdad, mayor goce y ejercicio de los derechos y mejores condiciones de vida en general para la población, lo se traduciría en igualdad y dignidad para quienes integran ese estado.

Creo que la toma de conciencia de esta sistemática discriminación debería, por un lado, orientar la política criminal, que, por el contrario, parece preocupada solamente por apoyar y alimentar con inútiles agravamientos de las penas la alarma hacia los delitos de los pobres. Y debería, por otra parte, entrar a formar parte de la deontología profesional de los jueces que han de garantizar la igualdad y los derechos fundamentales de todos, actuando en estos delitos con una mayor indulgencia equitativa para compensar la objetiva desigualdad y selectividad de la administración de justicia. Sólo de esta forma, la jurisdicción se abriría a los valores constitucionales de la igualdad y la dignidad de las personas, superando el tradicional formalismo y el pretendido tecnicismo que sirven en realidad para cubrir el reflejo burocrático e irresponsabilizador que es propio de todos los aparatos de poder. (Ferrajoli, 2006, p.9-10)

De este modo, se estaría incidiendo en la llamada duplicación del derecho penal: derecho mínimo y tolerante para los ricos y poderosos, derecho máximo e inflexible para los pobres y los marginados. Si repensamos tipos penales como el propuesto, y se combaten de forma más efectiva, se puede si no revertir esta lógica, al menos mitigarla, para que el derecho penal, cumpla su objetivo que es la contención de poder punitivo del estado de forma eficaz.

Ya contestados estos elementos, podemos identificar que una expansión como la propuesta, se legitima desde el garantismo y cumple con contestar las interrogantes de cuando y como castigar, prohibir y juzgar.

### **3. El Peculado, Peculado Culposo, Análisis de Caso y Propuestas**

#### ***3.1. El peculado***

El peculado proviene del vocablo *peculare* que significa robar el peculio ajeno, aunque existen otras construcciones latinas del término, en esencia se identifica al vocablo analizado, con la sustracción de patrimonio, pero no cualquier patrimonio sino aquel que pertenece al estado.

El vocablo peculado es una palabra compuesta que deriva de dos vocales latinas pecus (ganado) y latus (hurto). El ganado era considerado uno de los bienes más preciados en la Roma



monárquica y republicana que servía como medio de cambio y a su vez definía el estatus socioeconómico y hasta político del ciudadano romano. (Tasayco, 2016, p.97)

En 1801 Anselm Von Feuerbach, advirtió que el sujeto de este delito es el funcionario del estado, que tenga la obligación de recaudación, la administración o el gasto de los bienes públicos y el objeto del delito lo constituye el patrimonio público en un sentido amplio, incluyendo tanto las acciones directas encaminadas a la apropiación o las omisiones que impiden el cumplimiento de los fines a los cuáles deberían estar direccionados. (Donna, 2012, p.292)

Pese a esta definición inicial de la doctrina, el concepto se ha ido trasmutando y redefiniendo ya que se ha identificado que no únicamente se trata de proteger el erario público, sino también el correcto funcionamiento de la administración pública y los deberes especiales de los funcionarios, especialmente, el de fidelidad en el ejercicio de sus funciones, “En el delito de peculado podemos encontrarnos con dos vertientes. Por un lado se asume una posición patrimonialista que privilegia la tutela del patrimonio público y por otro lado se sigue con la tradicional defensa de los deberes de lealtad del funcionario para con la gestión de los recursos públicos.” (Rojas Vargas, 2016, p.236)

Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia europea se han inclinado por considerar al delito de peculado como un delito pluriofensivo, en tanto busca asegurar la protección no sólo del patrimonio público sino también la lealtad del funcionario o servidor público para la gestión de los recursos públicos. (Tasayco, 2016, p.102)

Para llegar a una definición, es necesario analizar el bien jurídico protegido como herramienta de interpretación del tipo penal, y en este sentido se puede arribar a la conclusión de que la protección que plantea está dirigido a bienes supraindividuales, de tipo funcional, que no son estáticos y que van más allá de la protección del erario público, el objeto de protección es adicionalmente, el correcto funcionamiento de la administración pública, que como un concepto amplio, incluiría tanto el eficaz funcionamiento de ésta, el cuidado de los fondos públicos y el cumplimiento de los deberes individuales de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones.

Por lo que no se trata de un delito de orden patrimonial en primer término, porque “No es que se tutele la integridad del patrimonio público, sino como se ha venido sosteniendo, sobre todo el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado y la propia fidelidad de los funcionarios encargados de velar por el mismo” (Bustos, 1991, p.377), esto genera una bifurcación de los intereses a proteger: “[...] se bifurcan en una doble dimensión: por una parte constituyen una infracción del deber de probidad de los funcionarios en el manejo de los fondos

públicos, que por razón de su cargo les están confiados, y por otra, implican una lesión a los intereses patrimoniales del Estado” (Cuello, 1949, p.395)

Sobre el bien jurídico protegido se han defendido diversas soluciones. Para algunos autores, el interés colectivo tutelado por esta clase de 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..., es decir que el objeto jurídico estaría dado por el probo desarrollo de la actividad administrativa patrimonial, de la Administración pública por parte de los funcionarios públicos que, en razón de su cargo, tienen manejo de los bienes públicos [...] Otros autores, en cambio, hacen prevalecer como objeto de protección jurídica a la preservación de la seguridad de los bienes de la administración por sobre la propiedad o función patrimonial del Estado. (Buonpadre, 2009, p.258)

Si nos concentramos en estas finalidades que presenta la doctrina para la protección de los intereses en conflicto, se puede identificar que si bien subyace una protección patrimonial y el buen funcionamiento de la administración pública, en estos se incorpora el aseguramiento de la fidelidad del funcionario y con ello la hacienda pública en sí misma, es decir que los recursos sean administrados, con la finalidad que incorporan que es mantenerse al servicio de la colectividad.

[...] desde otra posición se puede afirmar que no es la conducta del funcionario de manera inmediata, ni la pureza del deber de fidelidad, ni la capacidad prestacional de los poderes públicos, lo que se protege, sino que lo que está en juego es la hacienda pública misma: el legislador quiere asegurar que el dinero y otros activos patrimoniales existentes que pone a disposición del funcionario público sean administrados con las finalidades previstas en la ley.” (Donna, 2012, p.294)

Esta visión nos permite ligar a esta conducta delictiva con lo que analizamos en los capítulos iniciales, específicamente con las desviaciones de poder, que incluye el usar el poder con fines y por motivos distintos de aquellos en vista de los cuales le fue conferido tal poder; es decir, distintos del servicio del servicio del estado y el bien de la colectividad.

Para este trabajo investigativo vamos a asumir la posición doctrinaria de que el peculado es un delito en contra de la eficiencia de la administración pública, que protege el buen funcionamiento de ésta, el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del estado y el deber de fidelidad de los funcionarios, lo que tiene consonancia con nuestra legislación ya que el artículo 278, se encuentra agrupado bajo el título de delitos contra la eficiencia de la administración pública.

### ***3.2. El delito de peculado en el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador***

El delito de peculado ha sido recogido en el Ecuador en el Código Orgánico Integral Penal (COIP), en el artículo 278, el mismo que fue incorporado en dicho cuerpo normativo en el año 2014 reformado por el Código Orgánico Monetario y Financiero, Registro Oficial Número 332,

Segundo Suplemento, de 12 de septiembre del 2014; en el 2015 a través de la Ley Reformatoria sin número publicada en el Registro Oficial 598 Tercer Suplemento de 30 de septiembre del 2015 y sustituido por la Ley Reformatoria sin número publicada en el Registro Oficial 392 Segundo Suplemento, publicada el 17 de febrero del 2021, y presenta el siguiente texto en la actualidad:

Art. 278.-Peculado.- Las o los servidores públicos; las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado; o, los proveedores del Estado que, en beneficio propio o de terceros, abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años.

Serán sancionados con la misma pena como responsables de peculado las o los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del Sistema

Financiero Nacional que realicen actividades de intermediación financiera, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración y vigilancia de estas entidades; que, en beneficio propio o de terceros, abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros privados, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo.

Serán sancionados con las siguientes penas, cuando:

1. Con pena privativa de libertad de cinco a siete años:

a. Si 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.

b. Si se aprovechan económicamente, en beneficio propio o de terceras personas, de estudios, proyectos, informes, resoluciones y más documentos, calificados de secretos, reservados o de circulación restringida, que estén o hayan estado en su conocimiento o bajo su dependencia en razón o con ocasión del cargo que ejercen o han ejercido.

2. Con pena privativa de libertad de siete a diez años:

a. Si obtienen o conceden créditos vinculados, relacionados o intercompañías, violando expresas disposiciones legales respecto de esta clase de operaciones, en perjuicio de la Institución Financiera.

b. A los beneficiarios que intervengan en el cometimiento de este ilícito y a la persona que preste su nombre para beneficio propio o de un tercero, aunque no posea las calidades previstas en el primer párrafo.

3. Con pena privativa de libertad de diez a trece años:

a. Si arbitrariamente disponen, se apropian o distraen los fondos, bienes, dineros o efectos privados que los representen.

b. Si hubiesen ejecutado dolosamente operaciones que disminuyan el activo o incrementen el pasivo de la entidad.

c. Si disponen de cualquier manera el congelamiento o retención arbitraria o generalizada de los fondos o depósitos en las instituciones del Sistema Financiero Nacional, causando directamente un perjuicio económico a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, fondos o dinero.

d. Si causan la quiebra fraudulenta de entidades del Sistema Financiero Nacional.

e. Si evaden los procedimientos pertinentes de contratación pública contenidos en la Ley de la materia. En este caso también se impondrá una multa correspondiente al valor de la contratación arbitraria que se desarrolló. Además, cuando se establezca la existencia y responsabilidad por el delito mediante sentencia condenatoria ejecutoriada, la o el juzgador declarará, como consecuencia accesoria del delito, la terminación unilateral y anticipada del contrato sobre el cual verse la infracción, sin derecho a indemnización ni pago de daño alguno a favor del proveedor.

Se aplicará el máximo de la pena prevista en los siguientes casos: cuando se realice aprovechándose de una declaratoria de emergencia o estado de excepción; cuando se realice con fondos o bienes destinados a programas de salud pública, alimentación, educación, vivienda o de la seguridad social; o, cuando estuvieren relacionados directamente con áreas naturales protegidas, recursos naturales, sectores estratégicos, o defensa nacional.

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

Serán también responsables de peculado los administradores y los miembros del directorio de las empresas públicas, cuando por su acción u omisión los resultados empresariales y financieros anuales de dicha empresa pública estén por debajo de los índices de gestión fijados, especialmente cuando haya reducción de ingresos de más del 10% en comparación con el ejercicio económico anterior, sin justificación alguna de por medio y cuando haya reducción del resultado operacional, o pérdida económica en comparación con el ejercicio económico anterior, en más del 25% sin justificación alguna de por medio, ocasionando de tal forma la reducción, y por ende pérdida de recursos estatales, y cuando tales pérdidas se produjeron en beneficio propio o de terceros.

La acción penal tomará en cuenta la asistencia de expertos nacionales e internacionales para determinar la existencia de factores externos o macro de mercado inherentes a cada sector, que pudiesen haber incidido en reducciones drásticas de ingresos o de impacto financiero, así como para determinar si la asignación de presupuestos y metas empresariales ha sido adecuada, y si en caso de haber existido deficiencias se tomaron las medidas correctivas empresariales pertinentes.<sup>8</sup> (COIP, 2014, Art. 278)

Para llegar al punto central de esta investigación, que es proponer la inclusión de modalidades culposas de peculado, dentro del tipo penal, se ha decidido realizar un análisis del tipo penal que contempla nuestra legislación, para determinar cuáles son las conductas que han sido incorporadas como punibles dentro del paraguas del tipo escogido.

El artículo 278 ha incorporado varias conductas, que vamos a analizar, sin embargo es necesario partir de una identificación inicial del tipo, ya que en una misma norma, se ha incluido dos tipos penales que comparten ciertas características, pero que tanto doctrinaria como materialmente son distintos, el peculado en contra de la administración pública y el peculado relacionado con actividades de las instituciones del sector financiero, para efectos del presente análisis nos vamos a enfocar en el peculado contra la administración pública que es el que interesa a nuestra investigación.

Con esta aclaración las conductas objetivas que han sido incluidas en el tipo penal son: abusar, apropiarse, distraer o disponer arbitrariamente de bienes públicos que estén en su poder en razón de su cargo; utilizar trabajadores remunerados por el estado; aprovecharse económicamente de información restringida; evadir los procedimientos pertinentes de contratación pública; ejecutar operaciones que disminuyan el activo o incrementen el pasivo

---

<sup>8</sup> Pese a que las normas deberían incorporarse en las referencias al pie de página, he considerado que en virtud de que se va a realizar un análisis de la tipicidad objetiva de esta norma, es necesario que la transcripción del artículo conste en el cuerpo de la investigación.

de la entidad; y, en empresas del sector público obtener resultados por debajo de los fijados en los índices de gestión.

En el mismo artículo se han incluido diferentes tipos de peculado reconocidos en la doctrina y en diferentes legislaciones el primero es el peculado por apropiación “[...] que 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” (Cancino, 2011, p.105); es decir, que este requiere que se realicen actos de apropiación y disposición, que extraigan del erario público los bienes con los cuáles no existe una relación de dominio porque pertenecen al estado, en este tipo de peculado se pueden incorporar las acciones de apropiarse, distraer y disponer.

El peculado de uso, en cambio consiste en “[...] la utilización del bien, sin derecho 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, 2011, p.115), consiste en abusar de la función pública, para utilizar bienes del Estado, en finalidades privadas que no respondan a la destinación oficial que estos tienen, en este tipo de peculado se pueden incorporar las acciones recogidas en el artículo 278, de utilizar trabajadores remunerados por el Estado, abusar de los bienes del Estado y el uso de información restringida.

Estas acciones se han incorporado a la legislación con dos requisitos principales, el primero el beneficio propio o de terceros, por lo que es necesario preguntarse si en el análisis de la acción típica debe estar presente la intención de lucro, para una parte de la doctrina, lo que es materia de prueba debe ser la intención, y no es necesario que efectivamente se haya provocado ese provecho. (Cancino, 2011, p.105).

En este orden de ideas, la realización del delito de peculado no requiere la constatación de un resultado material o de la modificación del mundo exterior, ya que la mera constatación que un sujeto ha causado mecánicamente un resultado lesivo para un objeto jurídicamente protegido aún no posee significado penal alguno sino que es preciso valorar dicha conducta en el plano normativo, esto es, vincularla con un deber de evitar dicho output lesivo, que dependiendo de la configuración concreta del status quo de la organización podrá presentarse como una obligación de omitir o de actuar. (Reaño, 2009, p.32)

Esta intención de lucro presenta algunos problemas, por una parte autores como Buompadre (2009), consideran al peculado como un delito de mera actividad, al igual que el autor anteriormente citado, estos consideran que independientemente de la producción de un perjuicio el delito ya se consume cuando se produce el quebrantamiento de la esfera de disponibilidad en la que se encontraban los bienes. (p.264) En cambio para Cancino (2011), se trata de un delito de resultado, que debe incorporar tanto el perjuicio para las arcas estatales

como la intención de lucro y corresponde a la esfera de la acción objetiva para la adecuación típica. (p.105)

Comparto la primera posición, porque la acción se provoca con independencia del resultado, cualquiera sea el que quiera considerarse, el perjuicio para el Estado o el enriquecimiento del delincuente, en nuestra legislación ha sido incorporado como un elemento adicional del tipo penal y deberá ser objeto de prueba, no corresponde a la esfera de la acción objetiva, porque asumir lo contrario sería apartarnos de la dimensión conceptual que nos brinda el bien jurídico protegido que hemos asumido.

El segundo requisito que incorpora la norma es la necesidad de que la cosa se encuentre en la posesión inmediata del autor, en razón de su cargo, esto marca una diferencia respecto de delitos que mantienen la coincidencia de sustracción, en los que la cosa está en la esfera de custodia de un tercero, el delito de peculado no requiere un *animus rem sibi habendi*<sup>9</sup>, por parte del autor, no es necesario realizar actos de disposición, la acción supone separar, apartar, quitar los bienes de la esfera de la actividad patrimonial del Estado. (Buompadre, 2009, p.260)

Lo que requieren estas acciones típicas es que los bienes sean separados de la esfera de custodia, esfera que corresponde a la actividad patrimonial del Estado, y que se encuentra bajo el dominio del funcionario a cuyo cargo está en razón de su función, por ello no cometería peculado el funcionario que sustraiga o use el bien que no está bajo su esfera de dominio, sino de otro, y debería buscarse otra adecuación típica para su sanción. Se requiere por tanto que los objetos materiales se encuentren dentro de la esfera de administración del funcionario, que en función de su cargo posea la capacidad de disposición de los mismos, no entendida esta como posesión actual material, sino como capacidad de definir el destino de los objetos, aunque también puede presentarse que éstos se encuentren bajo su posesión y custodia directa.

La relación a la función, determina un grado de confianza, que le ha sido otorgada en atención al cargo que desarrolla, esta se encuentra incorporada en el tipo y es la fuente generadora de las competencias administrativas a las cuáles el funcionario debe fidelidad, lo que da la relación funcional que va ligada a la conducta.

La norma incorpora dos acciones más, la de evadir los procedimientos contractuales, que se ha incluido como peculado, esta acción no se equipara a las anteriores, porque lo que se incorpora como acción típica es la inobservancia de la legislación relativa a la contratación pública, al parecer se sanciona simplemente el incumplimiento de la normativa, esto puede encontrar varias explicaciones, una de ellas enmarcadas en el deber de fidelidad. “Como la

---

<sup>9</sup> Intención que tiene el sujeto activo de un delito de apropiarse de la cosa sustraída o retenida.

esfera de la actividad patrimonial de la administración pública surge de la ley, del reglamento o las disposiciones en general, habrá sustracción peculadora –señala Carrera- cuando los funcionarios públicos a quienes compete el desenvolvimiento de esa actividad patrimonial ejecuten con relación a los bienes, cualquier acto que importe el quebrantamiento de ella.” (Buompadre, 2009, p.260), sin embargo, también puede considerarse que el legislador habría incorporado a la esfera penal una actividad que puede ser abordada desde la responsabilidad administrativa del funcionario.

La otra conducta está vinculada a la administración de las empresas públicas, e incorpora acciones y omisiones, que provoquen un resultado de gestión por debajo de los índices fijados, en especial cuando haya reducción de ingresos o pérdidas sin justificación, y por tanto pérdida de recursos estatales, también se establece la necesidad de beneficio propio o para terceros. Esta conducta, presenta algunos problemas ya que requiere la asistencia de expertos en el sector que puedan establecer que los índices de gestión estuvieron bien fijados, que la reducción de los ingresos y las pérdidas no tengan justificación, que la asignación de los presupuestos y metas han sido adecuados, que las pérdidas se han producido en beneficio propio o de terceros, entre otros elementos de carácter técnico, por lo que la complejidad de investigación e imputación de la acción analizada, podría generar que la misma se quede en el nivel simbólico.

[...] el peculado por omisión, es decir, el que tiene lugar cuando el funcionario descuida o deja de realizar su deber [...] esta persona al encontrarse investido de la función pública tiene el deber jurídico de evitar el resultado, lo cual no hace porque concurre a la realización del hecho en connivencia del agente activo del delito, situación que convierte al servidor público en un participante del mismo pero no en el actor principal. (Luzuriaga, 2021, p. 20)

Si bien existe la posibilidad de que el peculado se ejecute de forma omisiva, es necesario identificar que en el país únicamente se ha reconocido como fuente de responsabilidad penal la omisión dolosa<sup>10</sup>, así que la imputación y juzgamiento debería realizarse tomando en cuenta este parámetro.

En cuanto a la conducta subjetiva, el delito de peculado es doloso, entendido esto a la luz del artículo 26<sup>11</sup> del COIP, como conocimiento del carácter público de los bienes y de la existencia de la relación funcional que obliga al sujeto activo; y la voluntad de realizar la separación de la esfera de custodia, se admitiría la posibilidad de un dolo eventual.

---

<sup>10</sup> Art. 28.- Omisión dolosa.- La omisión dolosa describe el comportamiento de una persona que, deliberadamente, prefiere no evitar un resultado material típico, cuando se encuentra en posición de garante.

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

<sup>11</sup> Art. 26.- Dolo.- Actúa con dolo la persona que, conociendo los elementos objetivos del tipo penal, ejecuta voluntariamente la conducta. (COIP, 2014, Art.26)

(Buompadre, 2009, p.263) finalmente nuestra tipificación si exige en algunas modalidades otros elementos subjetivos adicionales al dolo, esto el ánimo de lucro, ya que incorpora que debe actuarse en beneficio propio o de terceros y el aprovechamiento económico.

[...] se evidencia que el peculado en su modalidad dolosa requiere o exige que el funcionario o servidor público actúe con conocimiento que tiene el deber de lealtad y probidad de percibir, administrar o custodiar adecuadamente los bienes públicos confiados a su cargo. (Cornejo J. y Torres J, 2022, p.25)

Como ya indicamos anteriormente, aunque no sea necesario que se produzca un perjuicio para que se configure la acción típica, si deberá ser objeto de prueba este ánimo, a través de la prueba de la intención, entendida ésta como la dirección de la acción hacia una finalidad que es la de obtener beneficio, pero esta intención una vez comprobada, no requeriría que el beneficio se haya alcanzado efectivamente.

Nuestra tipificación no ha incorporado modalidades culposas por lo que al tenor del artículo 27<sup>12</sup> del COIP, estas acciones no serían punibles.

El delito analizado ha sido tratado desde la doctrina como un delito especial propio, que se caracteriza por la calidad especial que reviste al autor –funcionario público-, y las relaciones funcionales que en virtud de esta calificación tiene, por lo que se consideró que estaba limitado el círculo de autores y solo podían ser imputados en calidad de tales los funcionarios públicos, se requería de un sujeto activo calificado.

Para conocer si un delito es especial o no puede resultar de utilidad, preguntarse al mismo tiempo si la limitación del círculo de posibles autores del delito, se encuentra o no justificada desde el punto de vista de la protección del bien jurídico. En caso de que la respuesta a esta pregunta sea afirmativa, el delito será considerado especial. En caso contrario se tratará de un delito común. (Gómez, 2014, p.105-106)

En relación con el sujeto activo, la norma ecuatoriana incorpora a los servidores públicos, las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, los proveedores del Estado, los beneficiarios que intervengan en el cometimiento del ilícito, las personas que presten su nombre, y, los administradores y miembros del directorio de empresas públicas. Podemos identificar entonces que se han incorporado otras personas diferentes al sujeto activo calificado –funcionario público-, en función del contenido del artículo 233 de la CRE.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> Art. 27.- Culpa.- 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. 26)

<sup>13</sup> Art. 233.- Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones o por omisiones, y serán responsable administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.



[...] en cuanto a los sujetos activos del tipo penal en primer lugar encabeza la lista los servidores públicos y demás personas que conforme a la Constitución de la República se encuentran investidos de algún tipo de poder estatal por integrar instituciones públicas. De igual forma, pueden ser sujetos activos de peculado incluso personas privadas en contraposición con la definición de servidor público, pero que ejercieren una función pública, en cuanto tuvieren un deber de administrar lealmente el patrimonio público según las normas que regulan las competencias funcionariales, o a través de un mandato de autoridad, un otorgamiento formal de facultades de obligar o disponer [...] Por otra parte también podrán cometer peculado aquellas personas que sin ser tenidas por ley como servidores públicos o en función pública, presten su nombre para la realización de actividades que configuran el delito o que se beneficien de las mismas, con lo cual se acrecienta el listado de sujetos que pueden ser imputados por este delito. (Luzuriaga, 2022, p.20)

Respecto de los funcionarios y los que están revistos de potestad estatal el análisis no presenta mayores dificultades, quedarían comprendidos los que por la Constitución y la ley revistan dichas calidades y mantengan bajo su esfera de competencia la capacidad de disposición de los bienes y efectos materiales del delito en razón de su cargo.

No cualquier funcionario o servidor puede cometer el delito de peculado. Es un presupuesto o requisito fundamental para que se dé este delito, que el funcionario o servidor tenga posesión del mismo en capacidad a los deberes o atribuciones propios de su cargo. Si no existiera ese arraigo jurídico, el hecho será imputable como indica correctamente Manzini, como hurto o apropiación ilícita común, más no de peculado. (Aceldo, 2022, p.28)

Ahora bien, la norma en consonancia con la Constitución, ha incorporado la figura del *extraneus*, y las discusiones no han sido pocas, primero se ha identificado si por tratarse de un delito especial, pueden incorporarse dentro del círculo de autores, si su tratamiento, debería analizarse desde otra modalidad de participación, o si en definitiva no se les debería considerar en ningún grado participativo, por no tener un dominio funcional respecto de los objetos.

[...] La punibilidad del *extraneus* como partícipe de un delito de peculado solo puede apreciarse cuando en alguna medida haya proporcionado la entrega de los causales, pues de otro modo su aporte no sería decisivo para el quebrantamiento del deber por parte del funcionario. Dicho con otro ejemplo, el particular que solo se limita a recibir una suma de dinero, sin haberla solicitado directa o indirectamente al funcionario o sin haber participado en alguna negociación previa a su entrega, interviene luego de la infracción del deber institucional, y consiguientemente su aceptación solo tiene relevancia en el marco de los delitos patrimoniales o de encubrimiento. (Reaño, 2009, p.30)

---

Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados a 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.

Las personas contra quienes exista sentencia condenatoria ejecutoriada por los delitos de peculado, enriquecimiento ilícito, concusión, cohecho, tráfico de influencias, oferta de realizar tráfico de influencias, y testaferrismo; así como, lavado de activos, asociación ilícita, y delincuencia organizada relacionados con actos de corrupción; estarán impedidos para ser candidatos a cargos de elección popular, para contratar con el Estado, para desempeñar empleos o cargos públicos y perderán sus derechos de participación establecidos en la presente Constitución. (CRE, 2014, Art. 233)

Para el profesor Víctor Gómez, en la participación del *extraneus* en delitos especiales “[...] no hay nada que impida por principio hacer responder a un extraneus que participa en un delito especial de deber.” (Gómez, 2014, p.175), adicionalmente, señala que esta idea es compatible con que responda por el delito propio en calidad de autor, no por el delito del *intraneus*, lo que llevaría a buscar otra figura típica que se adapte a la conducta desarrollada por el *extraneus*. (Gómez, 2014, p.177) Desde estas perspectivas analiza si el *extraneus* podría ser sancionado como autor y concluye que se puede presentar esta posición desde la teoría del dominio del hecho el *extraneus* puede ser sancionado como autor si su aportación al injusto mantiene características propias de autor, en caso contrario sería una sanción como partícipe. (Gómez, 2014, p.193)

Sin entrar a analizar las decisiones de la Corte Nacional sobre este tema, y enfocándonos solo en el contenido del tipo recogido en el artículo 278 se identifica que los *extraneus* han sido incorporados como autores, de forma legislada se ha ampliado el círculo de autores en la propia norma, lo que habría que definir es qué modalidad de autoría corresponde aplicar en el caso concreto, al tenor de lo establecido en el artículo 42<sup>14</sup> del COIP, opinión que no es compartida por varios juristas locales, como se puede evidenciar de la siguiente cita.

Debemos recordar que es un delito especial que exige, como elemento constitutivo para la configuración del tipo penal, una determinada cualidad del agente, lo que conlleva a establecer que la esfera de los autores está limitado (no está a cualquiera) a determinados sujetos, siendo el bien jurídico tutelado, en este tipo penal, lesionado por la conducta de los funcionarios o servidores públicos, desde adentro, es decir por los intraneis. Consecuentemente el particular, al carecer de un supuesto de hecho fundamental para la estructuración típica de la conducta: gozar de la calidad de funcionario o servidor público, no puede ser autor material del delito de peculado. (Moreira, 2022, p.38)

El Sujeto pasivo es el Estado como portador del bien jurídico eficiencia de la administración pública. “Siendo por tanto que el sujeto pasivo del presente delito es la propia Administración Pública, en cuanto titular del bien jurídico de la función pública, de la que dimana el derecho

---

<sup>14</sup> Art. 42.- Autores.- Responderán como autoras las personas que incurran en alguna de las siguientes modalidades:

1. Autoría directa:

- a) Quienes cometan la infracción de una manera directa e inmediata.
- b) Quienes no impidan o procuren impedir que se evite su ejecución teniendo el deber jurídico de hacerlo.

2. Autoría mediata:

- a) Quienes instiguen o aconsejen a otra persona para que cometa una infracción, cuando se demuestre que tal acción ha determinado su comisión.
- b) Quienes ordenen la comisión de la infracción valiéndose de otra u otras personas, imputables o no, mediante precio, dádiva, promesa, ofrecimiento, orden o cualquier otro medio fraudulento, directo o indirecto.
- c) Quienes, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obliguen a un tercero a cometer la infracción, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin.
- d) Quienes ejerzan un poder de mando en la organización delictiva.

3. Coautoría: Quienes coadyuven a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el cual no habría podido perpetrarse la infracción. (COIP, 2014, Art. 42)

o deber a la exigencia del correcto ejercicio de la actividad administrativa, por parte de los titulares a los que la misma corresponde.” (Cornejo y Torres, 2022, p.22)

Aparte del sujeto pasivo, titular del bien jurídico protegido, se puede identificar una víctima, entendida desde el concepto amplio que mantiene el COIP, como la persona que sufre los efectos ya sea directos como indirectos de la infracción, en el presente caso la sociedad en su conjunto, como afectados por las prestaciones que dejarían de brindarse producto del perjuicio a la capacidad patrimonial del Estado.

De modo adicional y secundario puede ser también eventualmente afectado con la conducta típica el propio administrado, en la esfera de los legítimos intereses administrativos que conforme a derecho le asistan, y sobre los que incida, perjudicándolos, la arbitraria resolución recaída. (Cornejo y Torres, 2022, p.22)

El objeto material de este delito está constituido por los caudales y efectos públicos, nuestro tipo penal ha incorporado bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o efectos que los representen, piezas títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo, trabajadores remunerados por el Estado, estudios, proyectos, informes o resoluciones y documentos calificados como secretos, reservados o de circulación restringida que hayan estado bajo su conocimiento o dependencia en razón de su cargo.

Como indicamos anteriormente el objeto jurídico de este delito ha sido muy discutido, para un grupo de autores –aunque esta posición ya no es la dominante-, lo que se protegía era la seguridad de bienes de una naturaleza determinada, para otros, en cambio, la protección va dirigida a la actividad administrativa patrimonial, cuyo normal funcionamiento es alterado por la intervención del funcionario público, es decir que el objeto jurídico de protección sería el probo desarrollo de la actividad patrimonial del Estado (Buompadre, 2009, p.258), estas visiones se han ido modificando, pasando por la protección de la fidelidad de los funcionarios, la administración pública en general, e incluso hay una parte de la doctrina que estima que pese a que se proteja el correcto funcionamiento de la administración pública, este no constituye un bien jurídico realmente, sino una condición necesaria para el buen funcionamiento de la sociedad.

En el peculado, el bien jurídico protegido “es el correcto funcionamiento de los servicios públicos en base al mantenimiento de los recursos públicos patrimoniales y a una correcta gestión del patrimonio público” (Mir Puig, 2000, p.288), en este ejercicio ya asumimos en el acápite anterior una posición respecto del bien jurídico protegido.

### 3.3. *El peculado culposo*

Para poder analizar esta figura de forma eficiente, inicialmente vamos a establecer qué culpa<sup>15</sup> o imprudencia y cómo esta se encuentra relacionada con la propuesta investigativa.

Mientras que el delito doloso supone la realización del tipo de injusto respectivo con conocimiento y voluntad, en el delito imprudente el sujeto no quiere cometer el hecho previsto en el tipo, pero lo realiza por infracción de la norma de cuidado (es decir: por inobservancia del cuidado debido). (Mir Puig, 2014, p.292)

Partiendo de esta diferenciación que hace Mir Puig, tenemos que la imprudencia tiene como eje central la infracción a una norma de cuidado, para Bacigalupo (1999) es una "forma de evitabilidad, en la que el autor carece de un conocimiento actual de lo que se debe evitar [...], es decir, que se debe apreciar imprudencia cuando un resultado típico es objetivamente imputable y el autor ha tenido un error sobre el riesgo de su producción, a pesar de la posibilidad de conocer tal riesgo." (p.343-344)

Este concepto al igual que todo en el Derecho, no ha tenido un tratamiento estático, sino que ha evolucionado de forma constante, inicialmente se le trato dentro de la culpabilidad, actualmente se le analiza dentro de la tipicidad en el contenido subjetivo del tipo.

[...] la doctrina tradicional concebía la imprudencia, como una forma, especie, o grado de culpabilidad al lado del dolo (que sería la forma más grave de culpabilidad). Posteriormente, desde Engisch (1930), buena parte de la doctrina acepta con razón que el núcleo de la imprudencia la inobservancia del cuidado objetivamente debido ha de pertenecer a la antijuridicidad y al tipo y no a la culpabilidad pues solo infringe la norma quien incumple ese deber objetivo de cuidado (y solo entonces se desvalora también su conducta), pero si alguien observa en su actuación toda diligencia objetivamente debida, aunque cause un resultado desvalorado, no se puede decir que ha actuado antijurídicamente contra Derecho. (Luzón, 2016, p.280)

Aunque como señala Zafaroni (2007) todas las acciones dolosas son susceptibles de comisión por negligencia, (p.427), ese no ha sido un criterio escogido por la doctrina ni las legislaciones, en los que "suele considerarse más adecuada a los principios de legalidad y de ultima ratio del derecho penal la técnica de incriminación limitada (numerus clausus) de un número determinado de delitos culposos que la ley prevea en cada caso tras las correspondientes figuras dolosas." (Mir Puig, 2014, p.292) Esta es también la posición que ha asumido nuestra legislación.

La culpa se ha analizado desde varias perspectivas y aunque al momento autores consideran que algunas de sus clasificaciones han perdido vigencia, debemos establecer su principal categoría, la de culpa consciente e inconsciente:

a) La culpa consciente se da cuando, si bien no se quiere causar la lesión, se advierte su posibilidad y, sin embargo, se actúa: se reconoce el peligro de la situación, pero se confía en

---

<sup>15</sup> En este ejercicio vamos a mantener el término culpa, porque es el que se registra en nuestra norma penal.

que no dará lugar al resultado lesivo. Si el sujeto deja de confiar en esto, concurre ya dolo eventual [...]

b) La culpa inconsciente supone, en cambio, que no sólo no se quiere el resultado lesivo, sino que ni siquiera se prevé su posibilidad: no se advierte el peligro. (Mir Puig, 2014, p.293)

Esta distinción es importante para abordar cuál es la diferencia con el dolo eventual. Para Bacigalupo (1999) por ejemplo “Desde este punto de vista se deduce una consecuencia clara: no cabe admitir que la llamada culpa consciente sea una forma de la imprudencia; sólo habrá culpa inconsciente, dado que cuando el autor se haya representado la realización del tipo como no improbable, se estará en todos los casos ante supuestos de dolo eventual.” (p.344)

“Dicho de otra manera, si el autor conoció el peligro no permitido generado por su acción, se dará dolo eventual; si, por el contrario, no conoció el peligro no permitido proveniente de su conducta, habrá imprudencia cuando hubiera podido conocer el peligro.” (Bacigalupo, 1999, p.344), es decir, que el autor determina que habría culpa consciente cuando el error recae sobre el carácter del peligro y culpa inconsciente cuando el error recae sobre la existencia del peligro.

Para Roxin, la diferencia no radica en el carácter o la existencia del peligro, sino en la existencia de un plan dirigido a una finalidad, que implica el cálculo de la realización de un tipo a través de un curso causal, que prevé la posibilidad de ocurrencia de circunstancias no deseadas, lo que en la imprudencia consiente no se evidencia, aunque exista una posible representación de riesgo no hay una representación de lesión a un bien jurídico.

La anterior delimitación es materialmente correcta, porque es la que mejor responde a la considerable diferencia de punibilidad entre el dolo eventual y la imprudencia consciente. Quien incluye en sus cálculos la realización de un tipo reconocida por él como posible, sin que la misma le disuada de su plan, se ha decidido conscientemente —aunque sólo sea para el caso eventual y a menudo en contra de sus propias esperanzas de evitarlo— en contra del bien jurídico protegido por el correspondiente tipo. Esta "decisión por la posible lesión de bienes jurídicos" es la que diferencia al dolo eventual en su contenido de desvalor de la imprudencia consciente y la que justifica su más severa punición. (Roxin, 1997, p.425)

“Actúa desde esta diferenciación con imprudencia consciente quien advierte la posibilidad de producción del resultado, pero no se la toma en serio y en consecuencia tampoco se resigna a ella en caso necesario, sino que negligentemente confía en la no realización del tipo.” (Roxin, 1997, p.427) Frente a esto se distingue entre la confianza y la esperanza, el que confía piensa que puede dominar la situación y no toma seriamente en cuenta el resultado delictivo es por ello que no actúa dolosamente, en cambio el que tiene la esperanza, de que no pase nada y le favorezca la suerte toma en serio la posibilidad de un resultado delictivo. (Roxin, 1997, p.427)

El tipo penal del delito imprudente [...] implica la previsibilidad o la reconocibilidad individual que debe incluir a todos los elementos del tipo objetivo: sujeto, objeto, resultado, acción, infracción al deber de cuidado y causalidad de la evitabilidad. (Donna, 2012, p.336-337)

La culpa o imprudencia implica la inobservancia de un deber, que se traduce en una falta de evitabilidad, “la comprobación de la imprudencia por tanto requiere establecer, en primer término, si al autor le incumbía un determinado deber de cuidado y, en segundo lugar, si un comportamiento adecuado al deber hubiera permitido al mismo prever el resultado de su acción.” (Bacigalupo, 1999, p.341)

Esto obedece a que los tipos culposos son *tipos abiertos*, es decir, que necesitan una norma de cuidado que los complete o cierre, lo que no se explica por efecto de mera arbitrariedad legislativa, sino porque es imposible prever las innumerables formas en que la realización de una acción puede violar un deber de cuidado y crear un peligro. El tipo culposo impone, por ende, un avance en dos momentos para cerrar el juicio de tipicidad: en el primero se averigua, conforme a la acción realizada, cual es el deber de cuidado; en el segundo se averigua si la acción lo viola. (Zafaroni, 2007, p.428-429)

Junto a la consideración del deber de cuidado que se infringe se sitúa la peligrosidad de la conducta como una valoración social del riesgo que esta representa. “Para determinar la peligrosidad de la conducta deben combinarse dos variables fundamentales: el grado mayor o menor de probabilidad de la lesión y la mayor o menor importancia del bien jurídico afectado (a igual probabilidad de lesión, mayor gravedad si se refiere a un bien jurídico más importante).” (Mir Puig, 2014, p.294)

Con estos elementos podemos identificar que los delitos imprudentes van a presentar la siguiente estructura:

- 1) La parte objetiva del tipo supone la *infracción de la norma de cuidado* (desvalor de la acción) y una determinada lesión o puesta en peligro de un bien jurídico penal (desvalor del resultado).
- 2) La parte subjetiva del tipo requiere el elemento *positivo* de haber querido la conducta descuidada, ya sea con conocimiento del peligro que en general entraña (culpa consciente) o sin él (culpa inconsciente), y el elemento *negativo* de no haber querido el autor cometer el hecho resultante. (Mir Puig, 2014, p.297)

De esta estructura se desprenden a su vez elementos que deben identificarse para que pueda configurarse la conducta, en primer término el deber de cuidado, que responde a una posición de garantía, no todo ciudadano es portador de esta posición de garantía y va a depender principalmente del rol que ostenta dentro del espacio social, para poder definir si este deber le puede ser otorgado, el mismo que se divide en el deber de cuidado interno y externo, “El deber de cuidado interno obliga a advertir la presencia del peligro en su gravedad aproximada, como presupuesto de toda acción prudente. Es lo que Binding llamaba «deber de examen previo.»” (Mir Puig, 2014, p.298), éste podría presentarse tanto en la culpa consciente como en la inconsciente.

El deber de cuidado externo “[...] consiste en el deber de comportarse externamente conforme a la norma de cuidado previamente advertida” (Mir Puig, 2014, p.298), por ese

sentido de advertencia, solo podría presentarse en la culpa consciente. Este deber de cuidado externo a su vez presenta tres manifestaciones: el deber de omitir acciones peligrosas, ya que existen acciones cuya peligrosidad es tan alta que no pueden ser ejecutadas sin que con ese simple hecho se lesione ya el deber de cuidado; el deber de preparación e información previa, que consiste en la toma de acciones previas antes de realizar acciones que puedan ser peligrosas; y, el deber de actuar prudentemente en situaciones peligrosas, que presupone ya no el deber de abstenerse de realizar situaciones peligrosas, sino que al realizarlas se preste a ellas la máxima atención (Mir Puig, 2014, p.298-299), esto porque se parte de que en la sociedad contemporánea muchas actividades necesarias para el desarrollo social, involucran riesgos potenciales, y por ello no pueden ser omitidas todas.

De todo lo anterior se deduce que en los casos de imprudencia para poder definir que se ha producido una acción culposa serán necesarios: “a) La causalidad entre la acción ejecutada y el resultado tipo producido. b) La comprobación de la creación por el autor de un peligro jurídicamente desaprobado (superior al peligro permitido). c) La realización de este peligro en el resultado causado. d) El error (evitable) del autor respecto del peligro concreto generado por su acción para el objeto de protección sobre el que se produjo el resultado.” (Bacigalupo, 1999, p.347)

Con este desarrollo sobre el delito culposo en general vamos a entrar a analizar ya propiamente la figura del peculado culposo, si nos adentramos en la tipificación de los delitos contra la administración pública en el Ecuador, no han sido incluidas conductas culposas, sin embargo esto no quiere decir, que dichas conductas no se hayan estudiado desde la doctrina, e incluso que otras legislaciones las hayan tipificado, específicamente, en cuanto al peculado, se puede identificar modalidades culposas que han sido desarrolladas en otras legislaciones<sup>16</sup>.

Este delito se ha tipificado desde dos visiones la primera consiste en dar ocasión a que una persona sustraiga caudales o efectos que han sido confiados a un funcionario por razón de su cargo, esta modalidad estaría constituida por una acción que permite se desarrolle por otra persona la sustracción de forma dolosa, equivale por tanto a una acción facilitadora de otra, en este caso se trataría de un delito de resultado, que se produce cuando se verifica la sustracción. (Buompadre, 2011, p.276-277)

[...] podemos colegir que la naturaleza de este delito se condice con una infracción a un deber propio del cargo que el sujeto activo ocupa, de donde los caudales o efectos son sustraídos por un ajeno que comete un delito doloso, y que el reproche sobre el primero deriva de su posición de garante frente a los bienes. (Huayac, 2021, p.70)

---

<sup>16</sup> Encontramos estas tipificaciones en España, Argentina, Colombia y Perú, como ejemplos cercanos.

Esta primera modalidad comparte los elementos del peculado que ya han sido analizados, principalmente el peculado de apropiación, por lo que no se va a realizar más análisis al respecto ya que sería redundante. La segunda modalidad consiste en permitir a través de acciones imprudentes, que bienes del Estado se extravíen, pierdan o dañen, esta modalidad es más amplia porque ya no requiere sustracción dolosa por parte de un tercero, se elimina el criterio de facilitación, y la sola destrucción o pérdida de los bienes por actuaciones imprudentes configurarían la acción típica.

Pretende la norma exigir, de parte de los servidores públicos que administran, tienen o custodian bienes que real o funcionalmente son de la administración, una diligencia y cuidado, por lo menos media, en relación con tales bienes, a fin de que ellos no se pierdan, extravíen o dañen: Dicho de otra manera el sentido teleológico de la norma apunta a que los servidores públicos no solamente no lesionen de manera directa la corporeidad, existencia y funcionalidad de los bienes de la Administración (como se tutela ello en las formas de peculado anteriormente analizados), sino que ello se haga de manera indirecta, por razón de su descuido, desmaño o, en general, falta de diligencia. (Molina, 2005, p.161).

En cuanto a esta segunda modalidad, se debe tener en cuenta que las acciones propuestas son perderse, extraviarse y dañarse, perderse significa que se deja de tener una cosa que se poseía, extraviar es poner una cosa en otro lugar del que debería estar, y dañar es causar detrimento, perjuicio, menoscabo o echar a perder, definiciones todas estas gramaticales, que evidencian que no se trata de acciones que puedan considerarse sinónimas.

Si tomamos estas fórmulas de tratamiento y las analizamos a la luz del *ius puniendi*, la primera, nos presenta una adecuación típica que está ajustada de manera racional a la protección del bien jurídico protegido, porque establece una acción posterior de sustracción del erario público, que se produce a consecuencia de una actividad negligente por parte del servidor, por otro lado la segunda, es tan amplia, que cualquier daño a un bien del Estado que se provoque por negligencia podría entrar al campo del derecho penal, aunque la lesividad sea mínima, lo que provocaría una expansión de tipo irracional. Al respecto se han presentado posiciones que justamente evidencian que dicha protección podría alcanzarse de manera eficaz con otras ramas del derecho que pueden resultar menos lesivas.

Es necesario resaltar que esta modalidad culposa por consecuencias graves que traiga al bien jurídico de la administración pública no alcanza a tener la entidad suficiente, a generar un daño de tal magnitud que exija una respuesta a través del *ius puniendi* del Estado, cuando por el contrario y como igualmente se sanciona en nuestro país existen otras ramas sancionadoras, el derecho disciplinario y el fiscal, que igualmente la recoge y castiga, logrando un mensaje de prevención y sanción a servidores públicos que tengan a su cargo bienes del Estado o de particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, protegiéndose así la administración pública. (Camargo, 2017, p.80)

Esto nos lleva a preguntarnos, cuáles deberían ser los parámetros de la propuesta ampliativa que optamos por desarrollar para que esta cumpla con todo lo que hemos analizado



anteriormente, para enmarcarlo dentro de nuestro sistema, y de un espacio de ampliación razonable. El interés investigativo ha surgido de la casuística, específicamente del caso número 17294-2017-00801, que para efectos de la presente investigación vamos a denominarle “Hospital del IESS de Manta”.

### **3.4. Caso “Hospital del IESS de Manta”**

La intención inicial de este ejercicio fue realizar un estudio de caso, sin embargo, por la extensión del mismo y los parámetros que debe contener esta técnica de investigación para considerarse tal, se ha decidido replantear el ejercicio y lo que vamos a realizar a continuación es un análisis del caso que hemos denominado “Hospital del IESS de Manta”, a fin de que se identifique cuál fue el caso que motivo este ejercicio académico.

El proceso 17294-2017-00801, es iniciado por la Fiscalía General del Estado, mediante solicitud de formulación de cargos el 31 de mayo del 2017, por el delito de peculado, en contra de los señores: Rodríguez Ríos Gonzalo Anastasio, Medrano González Henry Eduardo, Vera Cedeño Jorge Washington, Bravo Benítez Héctor Benjamín y Guijarro Cabezas Fernando Heriberto.

Los hechos del caso propuesto por Fiscalía fueron los siguientes: El 11 de agosto del 2009 el señor Jorge Vera Cedeño y Héctor Benjamín Bravo Benítez, vocales de programación de fármacos del Hospital del IESS de Manta, remiten la programación de fármacos, para los años 2010 y 2011 la misma que a decir de fiscalía carece de fundamentos técnicos. Esta programación contempla la necesidad de 23.000 ampollas del medicamento Inmunoglobulina Anti D, para el año 2010 y 27.600 para el año 2011, dando un total de 50.600 ampollas de dicha medicación.

El Dr. Gonzalo Rodríguez Ríos, remite a Quito dicha programación para la posterior adquisición. Paul Troya, funcionario del IESS advierte que existen cantidades excesivas en la programación y solicita revisión. Se remite a los vocales señores Vera y Bravo, quienes ratifican la programación, indicando que las cantidades de medicamentos se encuentran justificadas en el incremento de pacientes de dicha casa de salud, y la programación es ratificada por el Dr. Rodríguez y remitida nuevamente a Quito.

Posterior a estos acontecimientos el señor Fernando Heriberto Guijarro Cabezas, dispone que inicie el proceso de adquisición y aprueba los pliegos. Se realizan cinco procedimientos contractuales de los cuales el primero, segundo, tercero y cuarto se declaran desiertos, los tres primeros mantenían un presupuesto de 73,31 dólares por ampolla con un total de 3.815.125,71. En el cuarto proceso el presupuesto referencial por ampolla sube a 95,60 dando un presupuesto

de 4.975.119,60, de lo que tiene conocimiento el señor Guijarro como Director General del IESS.

El quinto proceso se adjudica, mediante importación directa y se delega al Dr. Henry Medrano que continúe con la importación de los fármacos, en un total de 52.041 ampollas, 50.600 para el Hospital de Manta y 1441 para el resto del país. En esta adjudicación y ejecución contractual, participa el Director de Seguro Individual y Familiar Dr. Medrano, la misma que inicia el 18 de marzo del 2011. Con fecha 9 de mayo del 2011, los señores Vera y Bravo informan que se ha presentado un error de tipeo en la programación de fármacos del Hospital de Manta, en lo referente a la inmunoglobulina anti D, en la misma que se han repetido los valores del fármaco anterior. Información que es puesta en conocimiento de Quito.

Henry Medrano solicita la suspensión de la importación de los fármacos y el contratista le indica que los fármacos ya están en aduana. Se firma un adendum al contrato indicando que los fármacos debían permanecer en custodia de la contratista Biotoscana, quien debía informar al IESS con 90 días de anticipación, la proximidad de la caducidad de cualquier lote. De las 52.041 ampollas se entregan a nivel nacional 1512, sobrando en poder de Biotoscana 50.529 ampollas, de éstas Henry Medrano, autoriza la exportación de 20.000 ampollas, sin tener autorización del Directorio, tres a cuatro años más tarde el 8 de septiembre del 2015 y el 2 de junio del 2016, Biotoscana, cancela al IESS los valores de las ampollas exportadas. Finalmente 30.529 ampollas caducan, verificándose en los hechos que existió una mala programación, un incremento injustificado del precio de referencia, la firma de un adendum figura jurídica inexistente en contratación pública, la no devolución para reposición del medicamento previo a su caducidad y la disposición arbitraria de 20.000 ampollas de Inmunoglobulina Anti D y ocasionando un perjuicio al IESS de 2.918.577,20 de dólares.

En la etapa intermedia, los elementos de convicción presentados por Fiscalía permitieron establecer los siguientes hechos, nos vamos a enfocar únicamente en las acciones, porque se presentaron omisiones comprobables, pero al no poder sancionarse desde nuestra legislación omisiones culposas, estas no serán motivo de análisis:

1.- Que se produjo una programación inadecuada con relación al medicamento Inmunoglobulina Anti D, por parte de los encargados de realizar dicha programación, no existió un adecuado estudio precontractual respecto a la cantidad real de medicamentos que debía adquirir el IESS, razón por la cual se realizó una innecesaria compra de fármacos, pero el proceso de contratación se dio atendiendo lo establecido en la ley. (Acción negligente)

2.- Que los encargados de la revisión y aprobación de la misma no corrigieron el error, se verifica que los valores establecidos para los medicamentos Indometacina e Inmunoglobulina

anti D son los mismos y corresponden a 23000 para 2010 y 27600 para 2011, por lo que esta programación ha sido asumida por los personeros de dicha casa de salud, y los responsables en su elaboración, como un error de tipeo, en el que se duplicaron valores que no correspondían a la inmunoglobulina anti D. La acción negligente se evidencia porque fueron advertidos de que la programación podría estar sobredimensionada antes del proceso contractual y se ratificó la programación. (Acción negligente)

3.- No se realizó un control y seguimiento adecuado de las existencias del medicamento, esto se considera una acción, porque pese a que había un control de inventarios, de los medicamentos que estaban en poder de la compañía adjudicataria, y que por contrato se podía pedir la reposición de los medicamentos o canje por otros con 90 días de anticipación a la caducidad no se requirió el canje de la Inmunoglobulina Anti D. (acción negligente) La Ley Orgánica de Salud manifiesta en el Capítulo V, artículo 175 lo siguiente: "...Sesenta días antes de la fecha de caducidad de los medicamentos, las farmacias y botiquines notificarán a sus proveedores, quienes tienen la obligación de retirar dichos productos y canjearlos de acuerdo con lo que establezca la reglamentación correspondiente..."

En virtud de esos hechos y tomado en cuenta, que las acciones generadoras del perjuicio fueron culposas, se adoptó la decisión de sobreseer a los procesados ya que el delito de peculado en el Ecuador no contempla modalidades culposas, lo que impediría la posibilidad de sancionar estas conductas presentándose una laguna de punibilidad. A continuación transcribo lo más sobresaliente de la decisión que fue adoptada.

[...] Respecto del **tipo subjetivo**, el peculado es eminentemente doloso como bien lo señala Edgardo Alberto Donna "Se trata de un delito doloso que sólo requiere que el sujeto activo conozca el carácter del bien y realice la acción típica. De modo que no es necesario buscar ánimo especial alguno..." Edgardo Alberto Donna señala: "El delito se consuma con la separación del bien de manera definitiva, en el sentido en que en ese momento la administración ya no tiene el bien..." La resolución número 383-04, emitida por el Segunda Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, publicada en el Registro Oficial Nro. 514 de 28 de enero del 2005 manifiesta: "Para que se materialice esta figura de infracción debe existir de manera inequívoca el ánimo de causar daño al patrimonio público, por lo cual para la configuración de este delito tiene que darse la concurrencia de dolo como elemento constitutivo..." [...] Para determinar si el hecho imputado reúne las exigencias mínimas para ser calificado como peculado es preciso tener en cuenta que el artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal, no establece a la culpa como elemento constitutivo del tipo penal. [...] De análisis de estas conclusiones se establece que hay un perjuicio económico, el mismo que se debe a la caducidad de los medicamentos y esto se produce por un error en la programación que hace que se adquieran en exceso, como señalan las opiniones técnicas periciales el contrato celebrado para la importación de los fármacos, se celebró atendiendo los parámetros establecidos en la ley, se cumplió y pagó, los medicamentos eran de propiedad del IESS, [...] Es evidente que en el presente proceso, se pueden evidenciar actuaciones negligentes, de las personas que hicieron la programación, quienes la revisaron y condensaron que no se percataron del error de programación, cuando al parecer era muy evidente, ya que se solicitó una cantidad que suplía 183 años de demanda. Se ha esgrimido que no se realizó

el trabajo de forma directa, lo cual es un reconocimiento de incompetencia, que se produjo un error de tipeo lo que es una señal de impericia, que no se tenía la obligación de revisar lo que es una señal de negligencia, sin embargo de esto, ninguna de estas actuaciones se ajustan a los verbos rectores que establecen la acción en el delito de peculado, que ya fueron anteriormente revisados. Las pericias técnicas dispuestas en la investigación, no permiten establecer que haya dentro del expediente señales de que actuó con dolo en la presente causa por parte de los procesados, ni que haya una sustracción de los haberes del estado, en efecto se compró en exceso, pero se recibió la totalidad, si bien estuvieron almacenadas en Leterago, las ampollas de la medicación en todo momento se encontraron a disposición del IESS y fueron de su propiedad, [...] perdieron su vida útil por efecto del transcurso del tiempo, caducaron, y esto es lo que provoca el perjuicio, no el hecho de que hayan desviado o sustraído, eliminándose del patrimonio del erario público los bienes o haberes. Es decir, que la pérdida se produce por la caducidad y por la negligencia de los funcionarios del IESS no porque los bienes materia de la causa hayan sido sustraídos del IESS, [...] respecto al dolo, se evidencia en el proceso que el resultado dañoso se produce a consecuencia de un hecho negligente más no doloso, ya que en ningún momento se ha tratado de ocultar la situación, se ha asumido los errores cometidos y se tomaron acciones tendientes a reparar o disminuir los efectos, lo que permite identificar que no se actuó de forma dolosa. Sin embargo, existe un perjuicio y si bien no se configura la conducta típica, el perjuicio debe ser perseguido a través de la vía administrativa, identificando a sus causantes y realizando las determinaciones administrativas y civiles que tiendan a la reparación del daño ocasionado al patrimonio del estado. Con este análisis se concluye que las acciones imputadas a los procesados dentro de la presente causa no se ajustan a la tipicidad propuesta por el art. 278 del Código Orgánico Integral, que tipifica el PECULADO, por estas consideraciones esta Autoridad, respetando el principio de verdad procesal que contempla el Art. 27 del Código Orgánico de la Función Judicial, por no contar con elementos de convicción que digan relación con la sugerencia de poder configurar el nexo causal conforme el Art. 455 del Código Orgánico Integral Penal, y por lo tanto al no existir elementos de cargo SUFICIENTES que permitan determinar que existe el delito de acción pública que fue acusado y que los procesados son autores o cómplices de la infracción, esta autoridad al concluir que los indicios presentados por fiscalía no conducen a establecer la existencia del delito de PECULADO y la participación de las personas procesadas en el ilícito por el cual se les ha acusado, de conformidad con el Art. 605, numeral 2, del COIP, DICTO AUTO DE SOBRESEIMIENTO a favor de JORGE WASHINGTON VERA CEDEÑO, BRAVO BENÍTEZ HÉCTOR BENJAMÍN, GUIJARRO CABEZAS FERNANDO HERIBERTO, RODRIGUEZ RÍOS GONZALO ANASTASIO y MEDRANO GONZÁLEZ HENRY EDUARDO, y en consecuencia se revocan todas las medidas cautelares dictadas en su contra, como lo manda el Art. 607 íbidem.- **Notifíquese y Cúmplase.** (Causa 17294-2017-00801)

De la decisión adoptada la Fiscalía no presentó recurso alguno y el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, lo presentó de forma extemporánea, por lo que la misma se ejecutorio, y las acciones realizadas, por los procesados, ante una laguna de punibilidad no pudieron sancionarse verificándose un perjuicio al Estado de alrededor de tres millones de dólares.

### **3.5. Propuesta**

Después de todo lo analizado, para condensar una propuesta podemos identificar que existe la necesidad de punición de conductas culposas en el delito de peculado, lo que se justifica desde nuestro sistema, y puede dar solución a la laguna de punibilidad que se genera frente a

casos graves, sin embargo, para que este proceso expansivo del derecho penal, se mantenga dentro de un espacio de racionalidad, debería cumplir con los siguientes baremos.

1.- Tiene que articularse como un delito de resultado y no de mera actividad, pese a que proteja como bien jurídico la eficiencia de la administración pública, para sancionar conductas culposas, deberá establecerse la necesidad de existencia de un perjuicio para el Estado, ya que la consideración, no puede únicamente basarse en los deberes del funcionario público, que ya no sería el de fidelidad, sino el desempeño de su cargo con eficiencia, la actuación culposa sin perjuicio no debe ser punible.

Esto se desprende claramente de la naturaleza de los delitos culposos, que para Bacigalupo requiere la combinación de los siguientes elementos “a) La causalidad entre la acción ejecutada y el resultado tipo producido. b) La comprobación de la creación por el autor de un peligro jurídicamente desaprobado (superior al peligro permitido). c) La realización de este peligro en el resultado causado. d) El error (evitable) del autor respecto del peligro concreto generado por su acción para el objeto de protección sobre el que se produjo el resultado.” (Bacigalupo, 1999, p.347)

Esta cita ejemplifica claramente el sentido que debería darse al tipo culposo de peculado para que este se enmarque dentro de un proceso ampliativo razonable.

2.- Se debe establecer el tipo de culpa que requiere la configuración típica, esto es, culpa consciente, no se puede en este tipo de delitos sancionar la culpa inconsciente, sino aquella que va acompañada de un nivel de previsibilidad de producción de un daño, aunque este no sea la finalidad y no se acepte como posibilidad.

En la imprudencia consciente el sujeto tiene conciencia de (prevé, se representa) la posibilidad de producción de la parte objetiva del hecho típico [...] pero a diferencia del dolo eventual no acepta su eventual producción por contar con un mínimo fundamento –aunque equivocado y no diligente- en que se podrá evitar. En la imprudencia inconsciente el sujeto no tiene siquiera conciencia (representación, previsión) de la posibilidad de producción de la parte objetiva del hecho típico, bien porque no se da cuenta en absoluto de la peligrosidad de la conducta en relación con un hecho típico asó, o bien, porque, aun siendo consciente de la posibilidad y peligro de que concurran algunos elementos del tipo, por un error vencible de tipo desconoce la presencia o posible concurrencia de algún otro elementos típico. (Luzón, 2016, p.294)

3.- En lo que se refiere a las modalidades ya contempladas en nuestra legislación, el peculado por apropiación y el de uso, deberían admitirse modalidades culposas de comisión, estableciéndose en la tipicidad como se indicó en el numeral 1, que exista un perjuicio para el Estado, y que dichas conductas hayan facilitado el beneficio de un tercero, de ésta manera se podría integrar de forma satisfactoria la primera modalidad doctrinal el peculado culposo de favorecimiento, sin rebasar los límites de *ius puniendi*.

Esto tiene sentido desde la protección del bien jurídico, para precautelar el buen desempeño patrimonial del Estado, y estaría dentro de un marco de ampliación racional, porque no excede de forma desmedida el ámbito de intervención de lo que se busca proteger y efectivamente se incide en el espacio de la prevención general y especial que se propone como finalidades de la pena.

4.- En cuanto a la modalidad que no representa facilitación, se debe acotar los verbos típicos, no se puede incorporar cualquier conducta que implique perjuicio, por ejemplo la pérdida, daño o extravío no deberían mantenerse como acciones típicas, porque implicarían una excesiva intervención del derecho penal.

Nos parece que la conducta tiene una desmesurada amplitud y puede tipificarse tanto de los más insignificantes comportamientos nocivos para los bienes jurídicamente tutelados como de otros de gran trascendencia [...] De igual forma nos parece exagerado el haber sancionado el simple extravío [...] se demuestra que existió un exceso de severidad de parte del legislador, que ha debido dejar al conocimiento de las autoridades administrativas esa infracción. (Cancino, 2011, p.122)

Para efectos de esta investigación y tomando en cuenta todos los capítulos anteriores, el tipo penal de peculado culposo sin facilitación, según nuestro sistema, no podría incorporarse, debido a que rebasa los límites de justificación de aplicación del *ius puniendi*, y no se podría llegar a una legitimación interna ni externa de la intervención penal, ni siquiera si se establecieran baremos de cuantificación del perjuicio, para que se excluyeran las acciones mínimamente lesivas, si bien el caso que se analizó presenta elementos coincidentes con el tipo penal propuesto por la doctrina como peculado culposo sin facilitación, no se puede legislar para casos específicos y al ser la ley de carácter general debe propenderse a lograr un equilibrio entre la intervención en la libertad de las personas y lo que se quiere proteger.

### III. CONCLUSIONES

1. El poder punitivo del Estado debe ajustarse a ciertos límites para legitimar su intervención, estos límites deben ser de orden formal y material; este último posee dos vertientes, su absoluta necesidad como mecanismo de control social que sería una faz interna, y una externa dada por la protección de los derechos fundamentales.
2. La definición de las conductas a criminalizarse debe seguir un criterio de protección de bienes jurídicos, los que una sociedad determinada establezca como dignos de protección, y que se desprenden de las necesidades sociales de intervención penal, lo que obliga a poner al derecho al servicio del ciudadano; por lo que es necesario ajustar limitaciones que se asocian a los principios de dignidad, igualdad y participación.
3. La intervención penal debe ser en extremo indispensable, lo que implica que el ejercicio del poder punitivo sea mínimo y de última ratio, al cual idealmente debería acudir de forma subsidiaria y residual, cuando no existan dentro del derecho otros mecanismos menos lesivos para la obtención del fin propuesto; el principio de lesividad por tanto, entra a definir la importancia de la intervención, la misma que debe ser máxima socialmente y lo menos invasiva posible.
4. El bien jurídico y la lesividad, aunque actualmente se encuentren cuestionados desde la filosofía del derecho penal, constituyen una regla práctica difícil de abandonar, porque pese a que su capacidad de acotamiento pueda considerarse limitada o nula, no es menos cierto que enfocan la mirada a valores superiores del ordenamiento jurídico que se encuentran definidos constitucionalmente; los que sirven de fuente para su identificación y que constituyen un espejo de la moral social de ese espacio determinado –y en cierta medida de la moral crítica empleada-; por lo que pueden considerarse como criterios que abarcan tanto los derechos fundamentales, como los deberes de cumplimiento que de éstos se derivan.
5. La desviación de poder entendida como una acción que se desarrolla con motivos distintos de los cuáles para los que se otorgan las distintas facultades administrativas, con un apartamiento del fin reglado, generan la proliferación de ilícitos atípicos, configurados por acciones que se presentan como opuestas a principios de mandato. Estas desviaciones de poder tienen conexión directa con la corrupción que se asocia a la falta de imparcialidad en el ejercicio de la autoridad pública.
6. Sobre los delitos de los poderosos no hay intervenciones claras, se ha partido de que el ejercicio del poder punitivo es violento, discriminante, arbitrario, que no rehabilita y se ejerce sobre los más débiles de la sociedad. Sin embargo, no cumplen con el parámetro final

- presentado, porque los sujetos que los cometen no son los más débiles, sino que ocupan posiciones privilegiadas en la sociedad, lo que permite la invisibilización, falta de persecución e impunidad de las conductas.
7. La naturaleza del poder hace que los delitos cometidos por quienes lo ostentan, queden por fuera de los procesos de configuración típica, porque son los encargados de escogerlas, legislarlas e implementarlas; esto responde entre otras razones a la crisis del poder en la democracia contemporánea, el cometimiento de delitos del poder tanto en el espacio de las economías ilícitas como las formales, queda en la ambigüedad e impunidad.
  8. Dentro de los delitos de poder se encuentran los delitos de corrupción e insertos en éstos los delitos en contra de la eficiencia de la administración pública, que tienen una incidencia no solo en el espacio jurídico, sino en el social, ya que trascienden a la legitimidad misma del sistema político y la democracia, lo que se traduce en dominación social basada en diferencias estructurales, impunidad en las esferas más altas y exclusión.
  9. La reacción institucional frente a los abusos de poder es parte fundamental de la seguridad jurídica, el Estado debería proteger su estabilidad y conservación, a través de criticar, legislar, combatir y sancionar estas conductas, para afianzar la democracia y responder a los valores constitucionalmente definidos.
  10. Los discursos expansivos del derecho penal, son de índole política, basados en criterios morales, filosóficos, económicos o utilitarios; y, jurídicos que se concentran más en la validez normativa de las intervenciones, estos discursos cada vez diluyen sus barreras y presentan justificaciones que en definitiva tratan de dar una respuesta a la sociedad de riesgo, la defensa social y los derechos humanos, escogiendo en mayor o menor medida estos parámetros de acuerdo a la problemática específica del espacio en el que se quiere intervenir.
  11. En el Ecuador hemos escogido el garantismo como base de nuestro sistema, es el que propugna nuestra Constitución, por lo que el Estado debería producir un derecho penal mínimo, que respete las garantías de todos los ciudadanos. En la práctica se puede identificar que pese a estas promulgaciones políticas, la realidad no se ajusta al desarrollo teórico y hay procesos contrarios, los mismos que no se presentan dentro del espacio de los delitos de poder, sino en relación a los cometidos por los más vulnerables de la sociedad.
  12. El garantismo se desarrolla como una teoría de limitación del poder y una garantía de los más débiles frente a los poderosos, surge en contradicción a la insuficiencia del estado de derecho para dar una respuesta a la desigualdad económica y social; una de sus principales preocupaciones, pese a que se trata de una teoría general –que incorpora una ciencia jurídica, una filosofía del derecho, una teoría política y una teoría garantista-; es la



- limitación del poder, partiendo del supuesto de que éste tiende de forma ineludible a acumularse y liberarse del derecho como límite.
13. Consecuente con su fundamento limitador del poder, el garantismo tiene un papel tanto en las desviaciones de éste, como en los efectos de desmedro que se provocan en los derechos de los ciudadanos. En la esfera penal propone que el *ius puniendi* requiere una justificación que debe buscarse en los derechos humanos, por lo que debe constitucionalizarse, encontrado legitimidad en la fuerza vinculante que proviene del texto constitucional.
  14. La teoría garantista establece que al recaer los costos de la criminalización sobre todos; –porque se trata de limitaciones impuestas a la libertad de acción de las personas- estos deben justificarse de forma racional en torno a la pena. –derecho a castigar- el delito, -definición de los presupuestos de la pena- y el proceso –forma de aplicar la pena-. Lo que obliga a buscar las justificaciones expansivas dentro del propio sistema, para lograr establecer una legitimación tanto interna como externa para la intervención penal.
  15. Podría por tanto identificarse al garantismo como contrario a procesos expansivos, sin embargo, su alcance exacto tiene contornos que no se encuentran completamente delimitados, por lo que hay que acudir a sus ejes centrales dentro de los que observan finalidades específicas: el control y neutralización del poder y la generación de un derecho legítimo, esto abre la puerta a varias posibilidades, incluso de orden expansivo, que tiendan a la consecución de esos fines en función de la protección de derechos fundamentales.
  16. Si la expansión del derecho penal y su justificación tambalean frente a los nuevos retos que propone la sociedad contemporánea, y si este proceso es una realidad histórica que implica imposibilidad de retorno, el Ecuador no puede mantenerse al margen, pero debe propender a que los procesos expansivos, cumplan con las funciones del derecho penal de contención, aislamiento y reducción del poder punitivo, para ello es necesario buscar y pensar fórmulas intermedias que se sitúen entre la exclusión y la guerra contra los enemigos del Estado, encontrando la fundamentación en los cimientos de su propio sistema, el garantismo.
  17. En el marco de la expansión del delito de peculado a conductas culposas, en primer término se buscó una justificación en los requisitos metaéticos que propone el garantismo, valorando el fin se identificó una justificación en la limitación del poder que es eje central de la teoría; los delitos de poder corresponden a un ejercicio abusivo del mismo, por lo que la finalidad se ajusta a evitar su desbordamiento. Si el fin es la contención del poder y el

- medio es el empleo de la pena, se está interviniendo de forma justificada y con ello se logra la protección del más débil, que resulta el más perjudicado con estas conductas.
18. Intervenir en el peculado a través del derecho penal concreta el ideal garantista de protección de derechos humanos, existe una conexión entre corrupción y satisfacción de los derechos, ya que muchos derechos –y con más énfasis los sociales- dependen de acciones de prestación por parte del Estado, lo que a su vez está condicionado a la disposición de recursos y su utilización para los fines propuestos, que son el ejercicio y disfrute pleno de los derechos.
  19. En cuanto a la justificación interna y enfocándonos en sus elementos: lesividad, materialidad y responsabilidad personal, en el delito analizado se identifica que los efectos nocivos son importantes, sea que provengan de conductas culposas o dolosas. Lesividad que se traslada no únicamente a derechos individuales, sino a aquellos de contenido supraindividual que transitan en los espacios del ciudadano, del erario público como garantía de prestación de otros derechos, y sobrepasan a la democracia en sí misma, su capacidad de legitimación y la credibilidad del derecho, desde la eficiencia de la administración pública.
  20. El principio de la procedencia del daño por una acción también se encuentra justificada, porque las acciones pueden ser dolosas o culposas, lo importante es que su verificación provenga de hechos, y eso es lo que debe incorporar su intervención, lo que hay que contener es la posibilidad de que las consideraciones sean de otro orden y no dependan de aspectos relacionados con el fuero interno ni referentes al autor.
  21. En cuanto al juzgamiento, la propuesta que se desarrolla no pretende un relajamiento de las garantías procesales ya definidas por el sistema, sino que dentro de éstas, se incorporen conductas culposas que están ligadas a las justificaciones anteriores, y que pueden desarrollarse en un marco de garantías necesarias y suficientes para dar respuesta a las exigencias del sistema.
  22. La política criminal debe buscar intervenir en delitos que lesionan bienes jurídicos supraindividuales, que al ser abordados, pueden incidir de forma positiva en la capacidad del Estado para intervenir en las causas de desigualdad y promover un mayor goce y ejercicio de los derechos, mejores condiciones de vida, igualdad y dignidad para las personas.
  23. El delito de peculado pese a todas las discusiones doctrinarias y tratamiento legislativo, es un delito de poder, cuya tipificación está encaminada a la protección de bienes jurídicos de carácter supraindividual de tipo funcional, principalmente abordado desde la protección

del bien jurídico eficiencia de la administración pública en nuestra legislación, que abarcaría de forma amplia tanto el correcto funcionamiento de ésta, el cumplimiento de los deberes de fidelidad del funcionario público, así como el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado.

24. El delito de peculado, específicamente el relacionado con la administración pública, incorpora en nuestro ordenamiento jurídico las conductas de abusar, usar, apropiarse, distraer, disponer y aprovecharse, lo que nos lleva a concluir que se han incluido el peculado por apropiación y el peculado de uso, y se introducen en el tipo penal dos conductas adicionales que no se asimilan a estos tipos de peculado, el evadir los procedimientos de contratación pública y realizar gestiones que provoquen resultados deficientes en la administración de empresas públicas.
25. El tipo penal mantiene en el Ecuador, un carácter doloso, no incorpora conductas culposas y mantiene otras cuestiones subjetivas como el ánimo de lucro propio o de terceros, teniendo el bien jurídico como criterio de interpretación, es claro que lo que se requiere es el dolo y prueba de la intención lucrativa, la misma que no es parte de la acción objetiva, sino de la subjetiva, por lo que se concluyó que se trata de un delito de mera actividad que requiere para configurarse la acción objetiva de quebrantar la esfera de disponibilidad de los bienes, esto para las modalidades de apropiación y uso.
26. Es un delito especial, no solamente porque se presente la figura de un *intra-neus*, funcionario público, sino porque este se encuentra justificado desde el punto de vista de la protección del bien jurídico. En cuanto a los *extra-neus*, hay que tomar en cuenta que pese a las discusiones doctrinarias nuestra legislación en el artículo 278, mantiene una ampliación legislativa del círculo de autores, por lo que la opinión que se ha esgrimido en este trabajo, es que si el *extra-neus* cumple con los requisitos previstos en la norma debería ser sancionado como autor.
27. Del análisis realizado también concluimos que el concepto de dolo eventual, no abarca el proceso expansivo que se propone, por ello el concepto de culpa consciente debería incorporarse en el tipo penal.
28. Para la inclusión de modalidades culposas deben establecerse baremos, para que se pueda mantener dentro de un proceso expansivo racional, en primer lugar, frente a conductas culposas debe establecerse como un delito de resultado, en los que debe identificarse un perjuicio patrimonial para las arcas estatales; la culpa requerida debe ser consciente, entendida como previsibilidad de la producción del daño, sin que sea la finalidad ni se acepte ésta como una posibilidad.

29. En las modalidades ya contempladas en nuestra legislación, en el peculado por apropiación y de uso, deberían agregarse modalidades culposas de comisión, siempre y cuando exista perjuicio y que las mismas hayan facilitado el favorecimiento de un tercero, lo que podría asimilarse a un peculado culposo por favorecimiento.
30. En cuanto al peculado culposo sin favorecimiento al tenor de nuestras conclusiones previas, no podría ser incorporado sin rebasar la racionalidad del sistema en ninguna de sus conductas, ni siquiera si se establecen escalas de perjuicio.

#### IV. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Aceldo, C. (2022). El Peculado. En Cornejo J. y Torres J (eds.), *Código Orgánico Integral Penal Comentado. Tomo IV*, (pp. 26-34) Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Asamblea Nacional Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Quito: Registro Oficial 449 de 20 de octubre del 2008.
- Asamblea Nacional. (2014). Código Orgánico Integral Penal. Quito: Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero del 2014.
- Atienza, M y Ruiz, J. (2006). *Ilícitos Atípicos*. Madrid, España: Trotta.
- Ávila Santamaría, R. (2013). *La (in) justicia penal en la democracia constitucional de derechos. Una mirada desde el garantismo penal*. Quito, Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar y Ediciones Legales EDLE S.A.
- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.
- Buonpadre, J. (2009), *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial. Tomo III*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Bustos Ramírez, J, (1991), *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Barcelona, España: Ariel Derecho Barcelona.
- Camargo García, A. (2017) El peculado culposo como tipo penal en Colombia. Desborda los límites del ius puniendi, Tesis de Maestría, Universidad Santo Tomás, Bogotá, Colombia.
- Cancino, A. (2011), Delitos contra la Administración Pública, En *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*. (pp. 103-166). Bogotá, Colombia: Universidad del Externado de Colombia.
- Corcoy, M. (2013). *El delito imprudente*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Montevideo.

- Cornejo J. y Torres J . (2022). El Peculado. En Cornejo J. y Torres J (eds.), *Código Orgánico Integral Penal Comentado. Tomo IV*, (pp. 21-26). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Cuello Calón, E. (1949). *Derecho Penal. Parte Especial*. Barcelona, España: Bosch.
- Donna, E. (2012). *Derecho Penal. Parte especial. Tomo III*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Ferrajoli. L. (s/a) La desigualdad ante la justicia penal y la garantía de la defensa pública, *Documentos Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Recuperado de: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r29271.pdf>, pp.77-89
- Ferrajoli. L. (1995) Derecho Penal Mínimo, Prevención y Teoría de la Pena, En Bustos, J. (dir.) *Prevención y Teoría de la Pena*, (p. 25-48). Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica Conosur
- Ferrajoli, L. (2000) *El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Ferrajoli, L. (2001) *Derecho y garantías. La ley del más débil*. Valencia, España: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2005) *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, España: Trotta.
- Ferrajoli. L. (2006) Criminalidad y Globalización, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol.39, No.115, México DF, México: Universidad Autónoma de México, versión on line. Recuperado de [https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0041-86332006000100010](https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332006000100010).
- Ferrajoli. L. (2013) Criminología, Crímenes Globales y Derecho Penal: El Debate Epistemológico En La Criminología Contemporánea. *Revista Crítica Penal y Poder*, N° 4, Barcelona, España: Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos. Universidad de Barcelona, p. 224-235.

- Ferrajoli L. (2014) *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid, España: Trotta.
- Ferrante, M. (2015) Filosofía del Derecho Penal. En Fabra, J. y Spector, E. (eds.) *Filosofía y Teoría del Derecho. Vol. 3*, (p. 2087-2108). México D.F, México: Universidad Autónoma de México.
- Galvis. F. (s/a), *Delitos contra la Administración Pública*. Antioquia, Colombia: Comunicaciones y Divulgación de la Regional Antioquia Chocó.
- García, J. (1999). La desviación de poder. *Revista de Administración Pública*, Nro. 149, Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, p. 540-542.
- Gómez, C. (2016). El castigo penal de la corrupción en el llamado sector público instrumental. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nro. 18-06, p. 1-36.
- Gómez, V. (2014). Los delitos especiales y el artículo 65.3 del Código Penal Español. En Robes, R. (dir), *La responsabilidad en los delitos especiales*. Barcelona, España: IBdef, p. 99-229.
- Guzmán, J. G. (2019). Los delitos de los poderosos: tres tesis para pensar sus justificaciones. En *La Criminología que viene: Resultados del I Encuentro de Jóvenes Investigadores en Criminología* (pp. 77-86). España; Red Española de Jóvenes Investigadores en Criminología.
- Hernández, M. (2020). *El abuso de derecho, desviación del poder, y fraude a ley*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Huayac, N. (2021) Fundamentos jurídicos que sustenta el incremento de la pena en el delito de peculado culposo, Tesis de Maestría, Universidad de Cajamarca, Cajamarca, Perú.
- Luzón Peña, D. (2016). *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.

- Luzuriaga, M. (2022). El Peculado. En Cornejo J. y Torres J (eds.), *Código Orgánico Integral Penal Comentado. Tomo IV*, (pp.16-21). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Martínez Useros, E. (1955). Desviación de poder. *Anales de la Universidad de Murcia*, Murcia, España: Universidad de Murcia p. 5-65.
- Molina, C. (2005). *Delitos contra la Administración Pública*. Bogotá, Colombia: Leyer.
- Moreira, P. (2022). El Peculado. En Cornejo J. y Torres J (eds.), *Código Orgánico Integral Penal Comentado. Tomo IV*, (pp. 34-38). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Morillas Lorenzo, Reflexiones sobre el derecho penal del futuro (2002), Revista eletrónica de ciência penal y criminología, pg.01/22. Recuperado de: [http://criminet.ugr.es/recpc/recpc\\_04-06.pdf](http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-06.pdf)
- Moreno Cruz, R. (2007) El modelo Garantista de Luigi Ferrajoli. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XL, Nro. 120, p. 825-852.
- Mir Puig, S. (2014). *Derecho Penal. Parte General*. Barcelona, España: Reppetor.
- Mir Puig, S. (2000). *Los delitos contra la Administración Pública en el Nuevo Código Penal*. Barcelona, España: Bosch.
- Olivares, G. Q. (1991). La autotutela, los límites al poder sancionador de la administración pública y los principios inspiradores del derecho penal. *Revista de administración pública*, (126), p. 253-296.
- Organización de las Naciones Unidas (2004), Programa Global contra la Corrupción, Nueva York, Estados Unidos.
- Pawlik, M. (2016). El delito ¿Lesión de un bien jurídico? *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, Nro. 2, p. 1-15.



- Peters, A. (2015), *Corrupción y Derechos Humanos. Working Papers*, Serie 20, Basilea: Basel Institute of Governance.
- Prieto L. (2011). *Garantismo y derecho penal*. Madrid, España: Iustel
- Ramos. M y Álvarez. F. (2019) El control de la corrupción en América Latina. Agenda política, judicialización e internacionalización de la lucha contra la corrupción. *Documento de Trabajo 11/2019*, Madrid, España: Fundación Carolina.
- Reaño, J. (2009). *Formas de intervención en los delitos de peculado y tráfico de influencias*. Lima, Perú: Jurista.
- Roxin, C (1997). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Madrid, España: Civitas.
- Sabalua, F. M. (2015). Breves consideraciones sobre la finalidad del Acto Administrativo y la Desviación de Poder. *Cartapacio de Derecho: Revista Virtual de la Facultad de Derecho*, Nro. 27, p. 40.
- Sandi, G. R. (1964). “La Constitución Política y la desviación de poder”. *Revista de Ciencias Jurídicas*, Nro. 3, Universidad de Costa Rica, p. 235 - 242.
- Silva Sánchez, J. (2006). *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Buenos Aires, Argentina: Euros Editores.
- Sotomayor Acosta, J. O., & Tamayo Arboleda, F. L. (2014). La 'Nueva Cuestión Penal' y los Retos de una Ciencia Penal Garantista. *Nuevo Foro Penal*, Nro. 82, p. 177-194.
- Tasayco, N. (2016) *El delito de peculado. Análisis del Proyecto De Código Penal Del 2015: Aproximaciones desde la Dogmática Penal y la Política Criminal (Segunda Parte)*. Lima, Perú: Centro de Estudios en Derecho Penal. Universidad San Martín de Porres.
- Zafaroni, E. (2007). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, Argentina: Ediar.