



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

- Ensayo Académico -

La Tentativa en el delito de peculado: Estudio de caso Refinería de Esmeraldas

Giovanny Fernando Freire Coloma

Quito, noviembre de 2023

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

"Declaro haber dirigido el trabajo, [La Tentativa en el Delito de Peculado: Estudio De Caso Refinería De Esmeraldas], a través de reuniones periódicas con el estudiante Giovanni Fernando Freire Coloma, en el semestre, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación".

Homero Patricio Cepeda López

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”.

Giovanny Fernando Freire Coloma
171736396-2

AGRADECIMIENTOS

A las Autoridades y profesores de UDLA por permitirme cursar esta maestría, por brindarnos apoyo en busca de mejores profesionales y administradores de justicia con vocación de servicio y superación.

DEDICATORIA

A mi esposa, quien con su amor y paciencia me permitió culminar un sueño más.
Su apoyo incondicional en todos mis proyectos ha sido muy importante en mi vida.

A mis hijos Tomás y Ezequiel, quienes con su existencia llenan mi vida, por ser la fuente de mi inspiración, y por darme la felicidad cada instante de mi vida, y permitirme se cada día ser mejor padre a ustedes dedico este trabajo.

A mi madre María Elena Coloma Moreno, quien en el transcurso de esta maestría tuvo que partir del mundo terrenal, quien con su ejemplo y apoyo me amó con todas las fuerzas de su vida junto con mi padre, gracias por todo.

Resumen

En el Ecuador el tipo penal de peculado es procesado desde una perspectiva inquisitiva en ciertos casos, realizando ejercicios de subsunción por parte de Fiscalía, inclusive cuando no existe perjuicio al erario nacional. Es decir que, lo que pretendía que se juzgue es los procesos pre contractuales y contractuales mal realizados, sin que exista erogación de recursos estatales de ningún tipo, dándole la calificación jurídica de peculado e implícitamente con el grado de tentativa.

Si bien es cierto que todo acto de corrupción debe ser juzgado y no quedar en impunidad, el objetivo de un procesamiento judicial tiene que enmarcarse sobre la base del respeto al debido proceso, y a los principios que rigen un proceso penal. Por lo tanto, siendo el peculado un abuso (en general) de recursos estatales, aquello debe entrar en análisis si el mencionado tipo penal es de resultado o no, si se requiere consumación para su configuración. Debido a que, aquello repercute en la decisión judicial al momento de establecer responsabilidades de orden penal, y el cálculo de una reparación material, teniendo en cuenta que procesalmente no se logra demostrar el perjuicio económico. Debe entonces considerarse una de las características principales del derecho penal, la cual es la mínima intervención penal, con el fin de establecer si dentro de un proceso de peculado sin perjuicio es pertinente el uso del derecho penal y no otra rama del derecho.

El caso que será analizado en este estudio se desarrolló en los Juzgados y Tribunales de Garantías Penales de la Ciudad de Quito en el año 2017 No-. 17294-2017-0003, caso del cual se cuenta inclusive con resolución del recurso extraordinario de casación. Este versa sobre el Informe con Indicios de Responsabilidad Penal No. DASE-0074-2016, elaborado por la Contraloría General del Estado, como parte del examen especial a los procesos precontractual, contractual, de ejecución, supervisión y liquidación de los contratos 2014011-RGER-2014, 20140203 CCI-ZNO-2014 y REF-2015012, suscritos con la empresa Jorge Vivar Servicios de Ingeniería Mecánica Cía. Ltda., y sus contratos accesorios, en la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador, EP PETROECUADOR, durante el período comprendido entre el 01 de junio de 2013 y el 22 de abril de 2016.

Abstract

In Ecuador, the criminal type of embezzlement has been processed from an inquisitorial perspective in certain cases, carrying out subsumption exercises by the Prosecutor's Office even when there is no harm to the national treasury; That is to say, what was intended to be judged are the pre-contractual and contractual processes that were poorly carried out, without any expenditure of state resources of any kind, giving it the legal classification of embezzlement and implicitly with the degree of attempt.

Although it is true that every act of corruption must be prosecuted and not remain unpunished, the objective of a judicial prosecution must be framed on the basis of respect for due process, and the principles that govern a criminal process, which is why Since embezzlement is an abuse (in general) of state resources, it must be analyzed whether the aforementioned type of crime is a result or not, if consummation is required for its configuration; Therefore, this has an impact on the judicial decision when establishing criminal responsibilities, and the calculation of material reparation, taking into account that procedurally it is not possible to demonstrate economic damage. One of the main characteristics of criminal law must then be considered, which is minimal criminal intervention; and thus, establish whether within a process of embezzlement without prejudice the use of criminal law and not another branch of law is pertinent.

The case that will be analyzed took place in the Criminal Courts and Tribunals of the City of Quito in 2017 No-. 17294-2017-0003, case of which there is even a resolution of the extraordinary appeal of cassation; which deals with the Report with Indications of Criminal Responsibility No. DASE-0074-2016, prepared by the State Comptroller General's Office, as part of the special examination of the pre-contractual, contractual, execution, supervision and liquidation processes of contracts 2014011- RGER-2014, 20140203 CCI-ZNO-2014 and REF-2015012, signed with the company Jorge Vivar Servicios de Ingeniería Mecánica Cía. Ltda., and its accessory contracts, in the Public Hydrocarbons Company of Ecuador, EP PETROECUADOR, during the period between June 1, 2013 and April 22, 2016.

Contenido

Capítulo I El Peculado.....	9
1.1 Antecedentes históricos del delito de peculado.....	9
1.2 Definición del delito de peculado.....	11
1.3 ¿Por qué es importante analizar el delito de peculado?	12
1.4 Elementos del delito de peculado	13
1.4.1 Bien Jurídico Protegido.....	13
1.4.2 Sujeto Activo.....	15
1.4.3 Objeto Material del Delito de Peculado	18
1.4.4 Conducta Típica	20
1.4.5 Dolo	22
1.4.6 Ausencia de Justificación.....	23
1.4.7 Causalidad.....	24
1.4.8 Consumación y Tentativa del delito de Peculado	25
1.5 Tipos de Peculado	29
1.5.1 Peculado por Apropiación.....	29
1.5.2 Peculado por Uso.....	29
1.5.3 Peculado Culposo	30
1.6 Pena y Responsabilidad.....	31
1.7 Fundamentos del Principio de Mínima Intervención Penal	33
Capítulo II Análisis crítico del caso No. 17294-2017-00003, Caso Condesados – Refinería de Esmeraldas.....	38
2.1 Antecedentes del caso	38
2.1.1 Decisiones realizadas dentro de la causa.....	40
2.1.2 Análisis crítico del caso.....	43
Conclusiones	49
Bibliografía	51

LA TENTATIVA EN EL DELITO DE PECULADO: ESTUDIO DE CASO REFINERÍA DE ESMERALDAS

Capítulo I El Peculado

1.1 Antecedentes históricos del delito de peculado

El delito de peculado guarda sus raíces en la antigua Roma, donde el acto de malversación de fondos públicos era conocido como *peculatus*. En esos tiempos, este delito se castigaba con la muerte y la confiscación de bienes (Maillart, 2017).

En la Edad Media, algunos países europeos adoptaron medidas legales para combatir la corrupción y la malversación de fondos entre funcionarios públicos. Un ejemplo de esto fue la ley inglesa de 1360, que establecía que los funcionarios serían destituidos de sus cargos si eran hallados culpables de malversación de fondos públicos (Sullivan y Tifft, 2018).

Durante la época colonial, el delito de peculado se convirtió en una preocupación importante en las colonias americanas. En 1790, la Constitución de los Estados Unidos estableció que los funcionarios públicos podían ser juzgados por malversación de fondos en tribunales federales (American Bar Association, 2017).

En la actualidad, el delito de peculado sigue siendo un problema importante en todo el mundo. Muchos países han implementado leyes y medidas para combatir la corrupción y la malversación de fondos públicos. Sin embargo, la complejidad de estos delitos y su capacidad para adaptarse a las reformas ha generado retos adicionales (Klitgaard et al., 2017).

En resumen, el delito de peculado ha sido una preocupación importante a lo largo de la historia, desde la antigua Roma hasta la actualidad. Aunque muchos avances legales y sociales se han hecho para combatir este delito, sigue siendo un problema mundial relevante.

Ampliando un poco más acerca del delito de peculado, es posible afirmar que se trata de un delito contra la administración pública, en el cual un funcionario público, en el ejercicio de su cargo, utiliza o se apropia indebidamente de bienes

o fondos públicos. El delito de peculado puede ser clasificado en diferentes formas, dependiendo del país y la legislación en cuestión.

Algunas formas comunes incluyen el peculado por uso, donde el funcionario utiliza bienes públicos para fines personales; el peculado por apropiación, donde el funcionario se apropia sin autorización de fondos públicos; y el peculado culposo, donde el funcionario actúa sin intención de perjudicar al Estado, pero su conducta produce un daño económico (Gómez y González, 2019).

En muchos países, el delito de peculado se considera uno de los más graves delitos de corrupción y es castigado con penas severas, incluyendo prisión y multas considerablemente altas. Además, también puede haber consecuencias civiles y administrativas, como la destitución del cargo y la inhabilitación para ocupar cargos públicos (González, 2020).

Es importante destacar que, a pesar de los esfuerzos de los gobiernos y las organizaciones internacionales para combatir la corrupción y el peculado, estos delitos siguen siendo un problema grave en muchas partes del mundo. En consecuencia, los expertos señalan que para abordar adecuadamente estos problemas, es necesario fortalecer los sistemas legislativos y judiciales, mejorar la transparencia y rendición de cuentas, y fomentar una cultura de integridad en la administración pública (Transparency International, 2019).

Durante la época colonial en Ecuador, el delito de peculado era conocido como "malversación" y estaba presente en el Código de Indias (Santos, 2014). Después de la independencia, el primer Código Penal de la República del Ecuador, promulgado en 1837, incluyó disposiciones sobre el delito de peculado, definiéndolo como la apropiación de fondos públicos por parte de un funcionario público (Pacheco, 2006).

En las últimas décadas, el delito de peculado ha sido objeto de diversas reformas legales en Ecuador. En 1997, se incluyó una disposición específica en el Código Penal que establecía penas más severas para el peculado cometido durante desastres naturales (Ley Reformatoria a la Ley Penal de 1997). En 2014, se promulgó un nuevo Código Orgánico Integral Penal que amplió la definición del delito de peculado, con el propósito de incluir nuevas formas de corrupción, como la utilización de bienes públicos para beneficio personal o la alteración de

documentos públicos para obtener beneficios ilícitos (Código Orgánico Integral Penal).

A pesar de estos cambios legales, el delito de peculado sigue siendo un problema grave en Ecuador y ha evolucionado a lo largo del tiempo con las reformas legales correspondientes.

1.2 Definición del delito de peculado

A continuación, se expondrán brevemente varias definiciones de diferentes autores con respecto al delito de peculado, para posteriormente realizar una definición propia del este. De acuerdo con Mir Puig (1990), el peculado es "la apropiación o el uso ilegítimo de bienes, caudales o efectos públicos por parte de un funcionario público" (p. 463).

No obstante, para Cobo del Rosal (2004), el peculado consiste en "la apropiación o utilización de cosas o valores que el funcionario posee por razón de su cargo, y que deben ser administrados por cuenta del Estado" (p. 57). De acuerdo con Bacigalupo (2019), el peculado es "la apropiación o desvío ilegal de bienes o recursos públicos a los que se tiene acceso como consecuencia de una función pública, tanto materiales como inmateriales" (p. 65).

Asimismo, para Lacruz (1998), el peculado es "el acto de apropiación, tanto material como inmaterial, que realiza un funcionario público sobre bienes o servicios pertenecientes al patrimonio público" (p. 317). De acuerdo con Reale (2004), el peculado es "el delito que consiste en apropiarse o desviar fondos o bienes públicos a los que se tiene acceso como consecuencia de una función pública" (p. 294).

Por otro lado, el profesor Roxin (2014) desarrolló en su obra: Derecho Penal, el concepto de peculado en la cual manifiesta que el peculado es "la disposición ilícita de un bien o un derecho ajenos, pertenecientes al patrimonio público que están bajo la administración de un funcionario" (p. 570).

De lo que se colige es posible manifestar, que el delito de peculado se ha definido de diversas maneras, dependiendo de la legislación y la doctrina de cada país. Sin embargo, las tesis más modernas del delito de peculado lo definen como una conducta ilícita, dolosa o culposa, que implica la apropiación, desviación,

utilización indebida o malversación de bienes, fondos o recursos públicos, por parte de un funcionario o servidor público.

En la anterior definición, se destaca la importancia de que los bienes o recursos son propiedad del Estado o de entidades del sector público y, por tanto, deben ser administrados de manera adecuada y en beneficio de la sociedad. Asimismo, se enfatiza la responsabilidad de los funcionarios públicos en la correcta gestión y vigilancia de los bienes y recursos públicos. Este tipo penal, siendo un delito contra la Administración pública, implica el incumplimiento de las funciones que los funcionarios públicos tienen asignadas para administrar los bienes y recursos de manera apropiada y en beneficio de la sociedad.

1.3 ¿Por qué es importante analizar el delito de peculado?

El análisis del delito de peculado es importante por varias razones. En primer lugar, este delito es un claro ejemplo de corrupción y abuso de poder por parte de los funcionarios públicos, lo que puede tener graves consecuencias para la economía y la sociedad en general. Además, al analizar el peculado se pueden identificar las causas subyacentes de este delito, con el fin de buscar soluciones para prevenirlo y combatirlo.

De acuerdo con Gómez (2017), el peculado es un delito que implica "la apropiación indebida de bienes públicos por parte de un servidor público" (p. 45). Este autor señaló que el peculado es un problema grave en varios países de América Latina, donde los niveles de corrupción son elevados y los recursos públicos son limitados.

Por su parte, Del Moral (2019) destacó la importancia de analizar el peculado desde una perspectiva criminológica, para entender las motivaciones de los funcionarios públicos que cometen este delito y los factores que favorecen su comisión. Este autor sugirió que el análisis del peculado debe centrarse en la prevención y el control de la corrupción en el sector público.

En resumen, el análisis del delito de peculado es crucial para entender la corrupción y el abuso de poder en el sector público, identificar sus causas y buscar soluciones para prevenir y combatir este tipo de delitos. Así pues, se constituye como tipo de corrupción que se presenta con frecuencia en América

Latina, y su estudio es fundamental para entender y combatir esta problemática en la región.

Cabe destacar, que este delito representa una amenaza a la estabilidad económica y política de los países latinoamericanos, dado que implica el robo o malversación de recursos que son necesarios para financiar proyectos y programas públicos. Estos desvíos pueden afectar directamente la calidad de vida de los ciudadanos, especialmente aquellos que dependen de servicios públicos como la salud, la educación, la seguridad y la infraestructura pública.

Además, el peculado contribuye a la erosión de la confianza ciudadana en las instituciones gubernamentales, lo que puede generar una sensación de desilusión o desesperanza en la población. Esta pérdida de credibilidad puede llevar a la desafección política y a la falta de participación ciudadana en procesos democráticos, lo que a su vez puede consolidar el poder de las élites políticas y económicas locales.

En conclusión, el estudio del delito de peculado es de gran importancia para América Latina, puesto que revela las complejas dinámicas de la corrupción y sus consecuencias para el desarrollo económico, social y político de los países de la región. Su combate requiere de medidas efectivas y sostenibles que involucren a todos los actores sociales, y que promuevan la transparencia, la rendición de cuentas y la participación activa de la ciudadanía en la vida pública.

1.4 Elementos del delito de peculado

Los elementos que lo constituyen son los siguientes:

1.4.1 Bien Jurídico Protegido

El bien jurídico protegido en el delito de peculado es el patrimonio público. Según Báez y Lozano (2016), este delito consiste en la apropiación, malversación o uso indebido de los bienes o recursos públicos por parte de un servidor público encargado de su custodia o administración. Por su parte, Luzón (2012) señaló que el patrimonio público es un bien colectivo que pertenece a todos los ciudadanos y que es responsabilidad del Estado garantizar su adecuada gestión y conservación.

Además, el peculado también afecta el principio de legalidad y el deber de transparencia en la gestión pública (Szyrman, 2018). La conducta ilícita del servidor público genera desconfianza y falta de credibilidad en las instituciones gubernamentales, lo que puede ocasionar graves consecuencias políticas y sociales.

Bajo ese orden de ideas, el Estado debe ser protegido penalmente, no solo como una Institución, sino también como una persona que actúa. Es importante proteger su actividad que es llevada a cabo por personas físicas, principalmente por los funcionarios públicos. En efecto, si estos funcionarios no cumplen correctamente con sus deberes, estarán dañando un bien jurídico importante, alterando el funcionamiento normal del Estado. Esto se traduce en una violación de su deber funcional y en una imagen distorsionada de la administración pública, lo que afecta la reputación y el prestigio que el Estado debe mantener.

Al respecto, Muñoz (2016), en su obra "Derecho Penal: Parte Especial", destacó que el bien jurídico protegido en el delito de peculado es el patrimonio público o bienes del Estado. Muñoz (2016) argumentó que el peculado es una infracción que lesiona el interés público y el correcto funcionamiento de las administraciones, dado que supone un detrimento económico para el Estado.

En resumen, el bien jurídico protegido en el delito de peculado es el patrimonio público y su adecuada gestión es esencial para garantizar la transparencia, la legalidad y la confianza en las instituciones gubernamentales. El bien jurídico protegido en el delito de peculado ha sido objeto de análisis por parte de diferentes autores, quienes destacaron la importancia de la protección del patrimonio público y el correcto funcionamiento de las administraciones.

Por otro lado, Zaffaroni (2005), en su obra "Manual de Derecho Penal: Parte Especial", señaló que el bien jurídico protegido en el delito de peculado es el patrimonio del Estado, el cual debe ser administrado con transparencia y eficiencia, y que la conducta típica de este delito lesiona ese interés público.

Por su parte, Roxin (2002), en su obra "Derecho Penal: Parte General", destacó que el bien jurídico protegido en el delito de peculado es el interés público en la correcta gestión del patrimonio del Estado, puesto que ese patrimonio es un recurso indispensable para el cumplimiento de las funciones estatales y el

bienestar de la sociedad. Es decir, que el bien jurídico protegido en el delito de peculado es el patrimonio público o bienes del Estado, el cual debe ser adecuadamente administrado por los servidores públicos encargados de su gestión y que la comisión de este delito representa un ataque al interés público y al correcto funcionamiento de las instituciones estatales.

Efectivamente, el bien jurídico protegido en el delito de peculado es el patrimonio público, entendido como el conjunto de recursos y bienes que pertenecen al Estado y que son destinados a la satisfacción de las necesidades colectivas. La importancia de este bien jurídico radica en la función que cumple el Estado como garante del bienestar general de la población, y en la necesidad de garantizar que los recursos públicos sean utilizados de manera responsable y transparente, para evitar su malversación y proteger la confianza de la ciudadanía en las instituciones estatales.

Por tanto, el delito de peculado se encuentra en la línea de protección de la Administración Pública y de los intereses colectivos, y su importancia radica en garantizar la correcta gestión de los recursos públicos y en preservar la confianza de la ciudadanía en las instituciones estatales. Para ello, se deben establecer mecanismos eficaces de control y fiscalización, y se deben sancionar de manera efectiva y proporcional a quienes incurran en este tipo de delitos, con el fin de proteger el bien jurídico fundamental que es el patrimonio público. Lo anterior con el propósito de garantizar una gestión transparente y eficaz de los recursos del Estado.

1.4.2 Sujeto Activo

El sujeto activo del delito de peculado es aquel que se encuentra calificado, pues se requiere que su calidad sea de funcionario o servidor público que tenga la responsabilidad de administrar o custodiar los recursos públicos y que, en ejercicio de sus funciones, se apropie o desvíe dichos recursos en beneficio propio o de terceros.

En cuanto al análisis del sujeto activo en el delito de peculado, diversos autores han abordado esta cuestión desde distintas perspectivas. Alberto del Castillo del Valle, en su obra "Derecho Penal. Parte Especial", destacó que el sujeto activo del peculado debe ser un funcionario o servidor público que tenga la capacidad

real de administrar o custodiar los bienes públicos, y que su conducta debe estar vinculada con el ejercicio de sus funciones y responsabilidades; según el autor, esto es relevante porque la función pública debe estar al servicio del bien común y, por lo tanto, su desviación o malversación afecta gravemente los intereses y necesidades de la colectividad.

Por otro lado, Muñoz y García (2003) abordaron el tema del sujeto activo en el delito de peculado en su obra "Derecho Penal. Parte Especial", destacando que el sujeto activo debe ser un funcionario público que tenga el control o la disposición de los bienes públicos y que, en consecuencia, tenga la capacidad de decidir su destino o uso. Según los autores, esto es importante, debido a que la conducta delictiva en el peculado no se refiere únicamente a la apropiación ilegal de los bienes públicos, sino también a su desviación o utilización indebida.

Asimismo, otros autores como Enrique Bacigalupo en su obra "Manual de Derecho Penal. Parte Especial" y Miguel Bajo Fernández en su obra "Derecho Penal. Parte Especial. Lecciones", también abordaron la cuestión del sujeto activo en el delito de peculado, destacando la importancia del ejercicio de funciones públicas y el control o disposición sobre los bienes públicos como elementos relevantes a la hora de determinar la responsabilidad del sujeto activo.

Siendo así, es necesario mencionar el concepto del *intraneus* o *intranei*; así como *extraneus* o *extranei*, pues se debe tener en cuenta que el delito de peculado al ser un delito especial dentro de su comisión puede existir sujetos no calificados que son parte del hecho ilícito que deben tener una consideración y posición en el *Iter criminis* para poder realizar perocesamiento y juzgamiento de manera correcta.

En función de lo planteado, el jurista Rodríguez (2019) con respecto a este concepto manifestó que el concepto de *Intraneus* corresponde al sujeto activo calificado, el cual por sí mismo puede existir cuando, en la comisión delictiva, una tercera persona contribuye, pero no es considerado un sujeto activo calificado y, por lo tanto, no está exento de responsabilidad, dado que participó como coautor del delito.

Para entender mejor esta categoría dogmática, es necesario remontarse a una institución, como la figura del "co-reo", que establecía que el delito requería de otro actor, aunque este no fuera considerado un sujeto activo calificado. Un ejemplo histórico es el caso de una mujer infiel, donde el adulterio era considerado un delito y solo la mujer era el sujeto activo calificado. En este escenario, el concepto de *Intraneus* surge a partir de la relación bilateral entre el sujeto activo calificado y el extraneus, que en la comisión delictiva no es considerado sujeto activo calificado.

Por otro lado, el *extraneus* es el sujeto activo no calificado que tiene participación en el delito. Sin embargo, el mencionado tratadista estableció que el *extraneus* puede responder como coautor o como partícipe dependiendo de texto del tipo penal si lo considera o no en ese grado de participación, si no lo está debe responder como cómplice (Rodríguez, 2019).

El concepto de *extraneus* se refiere a una persona que no tiene la calidad de sujeto activo calificado en el delito de peculado, pero que participa en el mismo de alguna manera. Por ejemplo, en un caso de peculado, un funcionario público podría utilizar indebidamente los fondos del Estado para beneficio personal, y su cónyuge podría haber ayudado a ocultar la situación o disfrutar de los bienes o servicios obtenidos ilegalmente. En este caso, el cónyuge sería un *extraneus*, dado que no es un sujeto activo calificado en el delito de peculado.

Según la teoría del delito de Roxin (2002), el concepto de *extraneus* se refiere a un participante en el delito que no tiene la calidad de autor o cómplice, sino que es una persona ajena al delito que se beneficia indirectamente de la comisión de este. Roxin utilizó el término "ajeno" para referirse al *extraneus*, y lo definió como "una persona que no está vinculada al autor o al cómplice, pero que participa de los beneficios del delito", ya sea mediante la recepción de bienes o servicios obtenidos a través del delito, o de cualquier otra manera que implique un aprovechamiento indirecto. Es importante destacar que la teoría de Roxin es solo una de las muchas teorías del delito existentes, y que su concepto de *extraneus* puede variar según el contexto y la legislación de cada país.

El papel del *extraneus* en el delito de peculado puede variar según las circunstancias del caso y la jurisdicción en que se encuentre. En algunos casos, el *extraneus* puede ser considerado cómplice o colaborador en el delito y

enfrentar sanciones penales. En otros casos, el *extraneus* puede ser considerado simplemente como un tercero no involucrado directamente en la comisión del delito y por lo tanto no será penalizado. En cualquier caso, el papel del *extraneus* en el delito de peculado es importante y debe ser considerado en cualquier caso de este tipo.

En definitiva, es posible concluir que el sujeto activo del delito de peculado es el funcionario o servidor público que, en el ejercicio de sus funciones, administra o custodia los recursos públicos y que, de forma ilegal, se apropia o desvía dichos recursos en beneficio propio o de terceros. Dentro del contexto del delito de peculado, el concepto de *intraneus* se refiere a aquellos participantes en el delito que tienen una posición jerárquica superior en la entidad pública, y que de alguna manera han permitido o facilitado la comisión del delito. Por ejemplo, un superior que no toma medidas para prevenir o sancionar la apropiación indebida de bienes públicos por parte de subordinados.

Por otro lado, el concepto de *extraneus* se refiere a aquellos que no están vinculados directamente con la entidad pública (por ejemplo, particulares o empresas), pero que participan de los beneficios obtenidos a través del delito de peculado, ya sea mediante la recepción de bienes o servicios obtenidos ilegalmente o de cualquier otra manera que implique un aprovechamiento indirecto.

En definitiva, tanto el *intraneus* como el *extraneus* pueden ser considerados sujetos activos en el delito de peculado si se comprueba su participación directa o indirecta en la comisión del delito. Bajo ese orden de ideas, la figura del sujeto activo es esencial en la configuración del delito de peculado, puesto que su conducta afecta gravemente los intereses y necesidades de la colectividad y daña la confianza en las instituciones públicas.

1.4.3 Objeto Material del Delito de Peculado

El objeto material del delito de peculado se refiere a los bienes públicos que son objeto de apropiación o distracción por parte del sujeto activo. Según Zaffaroni y Pierangeli (2007), "el objeto material del peculado es todo bien mueble o inmueble que el sujeto activo tiene en su poder por razón de su cargo o función" (p. 741). Este objeto material puede incluir una amplia gama de bienes, desde

vehículos y equipos de oficina hasta recursos financieros y bienes inmuebles. Otro autor que se refiere al objeto material del delito de peculado es Bustos (2017), quien señaló que "la infracción penal se consuma con relación a cualquier bien del Estado o de una entidad pública que haya sido puesto bajo la responsabilidad del sujeto activo y que haya sido objeto de apropiación o distracción" (p. 677).

El delito de peculado, en términos generales, se refiere a la apropiación indebida por parte de funcionarios públicos de bienes o recursos financieros del Estado. Con relación al objeto material de este delito, distintos autores han brindado definiciones que permiten una comprensión más profunda del tema. El autor peruano Prado (2016) definió el objeto material del peculado como "todas las cosas muebles o inmuebles que son propiedad del Estado o de una entidad estatal, cuyo manejo es encomendado al funcionario" (p. 538). A partir de esta definición, se desprende que el objeto material del delito de peculado se refiere a todos aquellos bienes que son propiedad del Estado y que están bajo la responsabilidad de un funcionario público.

Evidentemente, el objeto material del delito de peculado se refiere a los bienes muebles o inmuebles, o recursos financieros que son propiedad del Estado o de una entidad estatal y que están bajo la responsabilidad de un funcionario público. Estas definiciones permiten una mejor comprensión del objeto material del delito de peculado y pueden ser útiles para su estudio y aplicación en la práctica jurídica. Por lo tanto, el objeto material del delito de peculado puede ser cualquier bien que pertenezca al Estado o a una entidad pública que se encuentre bajo la responsabilidad del sujeto activo del delito.

El jurista alemán Roxin (2006), en su obra "Derecho Penal: Parte General", estableció que el objeto material del delito de peculado son los bienes jurídicos del Estado, que se encuentran bajo el cuidado y la responsabilidad del funcionario público. De acuerdo con Roxin (2006), "el objeto material del peculado es el objeto que el funcionario público administrativamente debe gestionar y custodiar" (p. 1016).

No obstante, para Roxin (2006), es importante distinguir entre el objeto material y el objeto jurídico del delito de peculado. Mientras que, el objeto material se refiere a los bienes que son objeto de apropiación o distracción, el objeto jurídico

es la protección de la administración pública y la garantía de que los funcionarios públicos cumplan adecuadamente con su deber de administrar los bienes del Estado.

Por supuesto, el objeto material del delito de peculado se refiere a los bienes públicos que se encuentran bajo la gestión y custodia de un funcionario público y que son objeto de apropiación o distracción por parte de este. Así pues, incluye tanto bienes muebles como inmuebles, y se trata de un concepto clave para entender la naturaleza de este delito.

1.4.4 Conducta Típica

La conducta típica de un delito se refiere a la descripción de la acción o el comportamiento que la ley penal considera como delictivo. Con relación a este concepto, diversos autores han señalado la importancia de la tipicidad en el derecho penal y la necesidad de que se cumplan sus requisitos para que se configure un delito.

Como punto de partida, el autor español Muñoz (2014) definió la conducta típica como "aquella acción o omisión que la ley describe como delictiva" (p. 43). Para este autor, la tipicidad es una de las características fundamentales de los delitos y se refiere a la adecuación del comportamiento a los elementos descritos en la norma penal.

Por su parte, el autor argentino Zaffaroni (2010) determinó que la conducta típica es "la descripción de la acción u omisión que, realizada en las condiciones previstas por la ley, constituye el objeto de la sanción" (p. 302). Para este autor, la tipicidad es un principio fundamental que garantiza la seguridad jurídica y la protección de los derechos fundamentales de las personas.

La conducta típica del delito de peculado consiste en la apropiación o distracción de bienes públicos por parte de un funcionario público. Por ejemplo, para el autor español Muñoz (2014), la conducta delictiva en el peculado se refiere a "la apropiación, la distracción o la utilización en provecho propio o ajeno de los bienes públicos que administre el funcionario público" (p. 663). Este autor destacó que la conducta típica del delito de peculado no se limita a la apropiación

de los bienes en sí mismos, sino que también puede implicar su distracción o su utilización en provecho propio o ajeno.

Por su parte, el autor colombiano Torres (2016) señaló que la conducta típica del delito de peculado se integra por tres elementos: el objeto material (los bienes públicos), el sujeto activo (un funcionario público) y el comportamiento (la apropiación, distracción o utilización en provecho propio o ajeno). En este enfoque, la conducta delictiva se concibe como una conducta comisiva, que implica la realización de una acción por parte del funcionario público. En definitiva, la conducta típica del delito de peculado se refiere a la apropiación, distracción o utilización en provecho propio o ajeno de bienes públicos por parte de un funcionario público.

En cuanto a la conducta típica del delito de peculado, el autor mexicano Silva (2014) afirmó que se trata de "la apropiación o distracción de bienes propios del Estado en manos de un funcionario" (p.12). Para este autor, el peculado se caracteriza por el aprovechamiento personal del bien, lo que implica una transgresión del deber de custodia y administración de los bienes públicos por parte del funcionario.

Por su parte, Roxin (2011) declaró que la conducta típica en el delito de peculado se refiere a la "apropiación o desviación de bienes ajenos realizada por una persona que tiene a su cargo la administración de estos" (p. 830). Para Roxin (2011), la figura del peculado se configura en el momento en que el funcionario público se apropia o desvía un bien que tiene bajo su responsabilidad, con fines personales y en perjuicio del patrimonio público.

Sin duda alguna, es posible afirmar que la conducta típica en el delito de peculado consiste en la apropiación o desviación de bienes ajenos por parte de un funcionario público que tiene a su cargo la administración de estos. Esta figura delictiva se configura cuando el funcionario público se apropia o desvía el bien con fines personales y en perjuicio del patrimonio público.

Al respecto, Roxin (2011), uno de los autores más destacados en materia de derecho penal, señaló la importancia de esta figura delictiva, estableciendo los elementos que la configuran. Por lo tanto, es fundamental que las autoridades encargadas de la aplicación de la ley estén capacitadas y preparadas para

identificar y sancionar esta conducta delictiva con el fin de proteger el patrimonio público y prevenir la corrupción en el ejercicio de la función pública.

1.4.5 Dolo

El dolo es un concepto fundamental en el derecho penal, el cual se refiere a la intención de cometer un delito. En términos generales, se entiende como la voluntad consciente de realizar una acción que se considera delictiva. En este sentido, diversos autores han realizado un análisis profundo del concepto de dolo y su importancia en el ámbito del derecho penal.

En primera instancia, el autor español Muñoz (2014) definió el dolo como "la voluntad directa de realizar una acción delictiva o la aceptación de la posibilidad de que dicha acción se produzca" (p. 57). Según este autor, el dolo implica una conciencia clara y completa de lo que se está haciendo, así como la intención de cometer un acto delictivo.

Por su parte, el autor argentino Zaffaroni (2015) señaló que el dolo "es la intención delictiva, pero no cualquier intención, sino una intención específica" (p. 438). Para Zaffaroni, el dolo implica la intención consciente y deliberada de cometer un delito, y no puede ser confundido con la mera negligencia o imprudencia.

Diversos autores determinaron que el dolo implica una conciencia clara y completa de lo que se está haciendo, así como la intención de cometer un acto delictivo. El dolo en el delito de peculado es un requisito fundamental para que se estructure esta figura delictiva. Para que se identifique el dolo en el ámbito del peculado, según el autor español Montero (2018), el dolo en el delito de peculado se configura cuando el funcionario público actúa con la finalidad de obtener un beneficio económico propio o en beneficio de terceros, en perjuicio del patrimonio público. Además, el autor señaló que para que se configure el dolo en el peculado es necesario que el sujeto conozca que los bienes que se apropia o desvía son ajenos y que su actuación es ilegal.

Ciertamente, establecer la presencia de dolo o intención en el delito de peculado es crucial cuando se trata de determinar la culpabilidad y el castigo del acusado. Razonablemente, el establecimiento de dolo o intención en el delito de peculado

requiere la demostración de que el funcionario público actuó con conocimiento, voluntad e intención de obtener un beneficio para sí mismos o terceros, en detrimento de los bienes públicos. La presencia de dolo implica que el funcionario estaba plenamente consciente de las consecuencias de sus acciones y actuó deliberadamente, lo que los hace totalmente responsables del delito de peculado.

1.4.6 Ausencia de Justificación

La ausencia de justificación en el delito de peculado puede ser un elemento determinante en la tipificación de esta conducta penal. Como afirmó Bacigalupo (2017), el peculado se presenta cuando un funcionario público dispone de dinero o bienes que le han sido confiados para su gestión y administración, para su uso personal o para fines ajenos al servicio público, sin contar con una justificación adecuada para dicha disposición. En otras palabras, la justificación es un elemento fundamental para determinar si la conducta de un funcionario público constituye o no un delito de peculado.

Por su parte, Muñoz (2002) señaló que la ausencia de justificación se considera una circunstancia agravante del delito de peculado, dado que evidencia una malversación mayor de los recursos públicos y una deslealtad hacia la función pública que se ha encomendado al funcionario. La justificación, por tanto, es un elemento que debe ser demostrado por el propio funcionario y que debe ser compatible con los fines del servicio público y con el uso adecuado de los bienes y recursos que se le han confiado.

En este sentido, resulta importante destacar que la justificación no puede ser entendida de manera amplia o genérica, sino que debe corresponderse con la naturaleza y los fines específicos de la función pública que se ha encomendado al funcionario. De acuerdo con Cobo del Rosal y Vives (1998), no puede considerarse justificación el hecho de que el funcionario haya utilizado los bienes o recursos públicos para fines personales o ajenos al servicio público, aunque dichos fines hayan sido de interés público en sí mismos. La justificación debe ser, por tanto, una justificación específica y relacionada con la función pública que se ha encomendado al funcionario.

Al respecto, Roxin (2014) definió la ausencia de justificación en el delito de peculado como la falta de una justificación legal o razonable para la apropiación de bienes públicos. Según esta definición, la ausencia de justificación puede demostrar la intencionalidad del delito y la culpabilidad del acusado.

Consecuentemente, la ausencia de justificación en el delito de peculado es un elemento importante para su tipificación y su valoración jurídica. La justificación debe ser específica, relacionada con la función pública y compatible con los fines del servicio público. La ausencia de justificación, por tanto, puede ser considerada una circunstancia agravante del delito de peculado y evidencia una malversación mayor de los recursos públicos y una deslealtad hacia la función pública que se ha encomendado al funcionario.

1.4.7 Causalidad

La causalidad en un tipo penal se refiere a la relación entre una acción y el resultado de dicha acción. En términos legales, es necesario establecer la relación causal entre la conducta delictiva y el resultado producido para que se pueda imputar la responsabilidad penal a una persona. En otras palabras, la causalidad se refiere a la conexión entre la acción u omisión del sujeto y el resultado típico que se le imputa, es decir, si la acción u omisión del sujeto ha sido la causa directa del resultado producido. La causalidad es un elemento esencial en la mayoría de los tipos penales y su análisis es fundamental en la investigación y enjuiciamiento de delitos.

El delito de peculado se refiere a la apropiación indebida de bienes o recursos públicos por parte de un funcionario o servidor público, con el objetivo de obtener un beneficio personal. En la mayoría de los casos, la comisión de este delito requiere una serie de actos que se suceden en el tiempo, y que son necesarios para que la apropiación se produzca. En este sentido, la causalidad es un elemento fundamental para la configuración del delito de peculado. Se refiere a la relación de causalidad que existe entre la conducta del agente y el resultado producido. En el caso del delito de peculado, se requiere la existencia de una relación causal entre los actos realizados por el funcionario público y la apropiación indebida de los bienes o recursos públicos.

En ese sentido, Zaffaroni y Pierangeli (2009), la conducta típica del delito de peculado requiere de un "nexo funcional" entre la conducta del agente y el resultado producido. Es decir, debe existir una relación causal entre los actos del funcionario público y la apropiación indebida de los bienes o recursos públicos. Por su parte, Bacigalupo (2017) señaló que la causalidad en el delito de peculado no solo se refiere a la relación entre los actos del agente y la apropiación, sino también a la relación entre la conducta del agente y la posición de garante que tiene por su condición de funcionario público.

La causalidad es un elemento fundamental en la configuración del delito de peculado. La relación entre la conducta del agente y la apropiación indebida de los bienes o recursos públicos debe ser clara y evidente para que se configure el delito. La doctrina jurídica ha identificado la importancia de establecer un "nexo funcional" entre los actos del agente y el resultado producido, así como la relación entre la conducta del agente y su posición de garante.

1.4.8 Consumación y Tentativa del delito de Peculado

El delito de peculado es una de las figuras delictivas más graves dentro del derecho penal, dado que implica la apropiación indebida de bienes o recursos públicos por parte de un funcionario o servidor público. Para que se configure este delito, es necesario que se cumplan una serie de requisitos, incluyendo la consumación o tentativa del delito.

La consumación en el delito de peculado

La consumación de un delito se refiere al momento en que se realizan todas las acciones descritas en el tipo penal, y se produce el resultado típico previsto por la ley. En el caso del delito de peculado, la consumación se produce cuando el funcionario o servidor público logra apropiarse de los bienes o recursos públicos a los que tiene acceso, para beneficio propio o de terceros. En este sentido, la consumación del delito de peculado implica la realización completa de la conducta típica, es decir, la apropiación indebida de los recursos públicos.

Algunos autores han considerado que la consumación en el delito de peculado es un elemento esencial de la figura delictiva. De acuerdo con Díez (2005), el delito de peculado es un delito de resultado, que se consuma cuando el agente

logra su objetivo de apropiarse de los bienes o recursos públicos. Esta interpretación se basa en que la consumación del delito de peculado es un elemento imprescindible para que se produzca un daño efectivo a la administración pública y para que se pueda imputar una responsabilidad penal al autor del delito.

Por otro lado, algunos autores criticaron esta visión sobre la consumación en el delito de peculado, argumentando que la realización completa de la conducta típica no es necesaria para que se configure el delito. Al respecto Muñoz y García (2003) aseguraron que, en algunos casos, la mera tentativa de apropiación indebida de los recursos públicos ya puede configurar el delito de peculado, incluso si no se produce un resultado típico. Esta interpretación se basa en que la mera tentativa ya es suficiente para dañar la administración pública, y para que se pueda imputar una responsabilidad penal al autor del delito.

En este sentido Magiore (2000) señaló que para que se realice la consumación es indiferente la existencia de algún daño patrimonial, porque la objetividad jurídica de peculado no es el perjuicio patrimonial, sino el ultraje al deber de fidelidad por parte del funcionario. Igualmente se manifiesta que el "provecho" obtenido por la consumación del delito de peculado, que se refiere a la ventaja simple obtenida por el sujeto activo, ya sea para su propio beneficio o para el de terceros. Así pues, está más allá de la gravedad del perjuicio patrimonial que sufre la Administración Pública, dado que lo que se garantiza mediante la sanción de un delito como el peculado está directamente relacionado con la idea de que el patrimonio público es intangible. De esta forma, el perjuicio o daño efectivo sufrido por el Estado no es relevante (Ramírez, 2019).

Por otro lado, según José García Falconí, el delito de peculado se completa cuando el sujeto activo lleva a cabo una conducta ilegal expresada por el verbo "abusar", lo que requiere un resultado concreto de violación del deber de lealtad hacia la administración y la manifestación de la conducta ilegal en un hecho palpable. En otras palabras, esta violación se perfecciona cuando el funcionario público abusa de los fondos o bienes que administra o los utiliza en beneficio propio o de terceros, independientemente de la intención específica que pueda motivar su acción (Corte Nacional de Justicia 2016/2017).

El delito de peculado desde un punto de vista detallado es un delito de resultado, dado que su consumación requiere que se produzca un resultado material que afecte de manera negativa a la administración pública, pues se requiere que se logre cuantificar el perjuicio como consecuencia de la conducta ilícita del funcionario público. Este perjuicio patrimonial puede ser directo, como cuando el funcionario se apropia ilegalmente de bienes o fondos públicos, o indirecto, como cuando el funcionario utiliza esos bienes o fondos para beneficio propio o de terceros.

En resumen, el delito de peculado es un delito de resultado que exige la existencia de un perjuicio patrimonial efectivo y material que haya sido causado por la conducta ilícita del funcionario público. Toda vez que la gravedad de este delito radica en el daño que causa a la administración pública y en la pérdida de confianza que genera en la sociedad hacia las instituciones gubernamentales. Sin embargo, existen posturas con respecto a la consumación del delito de peculado, por un lado se postula a quien sostiene que el delito de peculado se consuma con la intención e inicio del *iter criminis* sin la necesidad de establecer el perjuicio patrimonial bajo la premisa que lo que se combate es la fidelidad y respeto del cargo de funcionario público; y por otro lado, aquellos que sostienen que el peculado debe tener un perjuicio palpable al erario nacional para poder establecer responsabilidad penal a una persona.

La tentativa en el delito de peculado

La tentativa se refiere a la realización de actos encaminados a la comisión de un delito, sin que se produzca el resultado típico previsto en la ley. En el caso del delito de peculado, la tentativa se produce cuando el funcionario o servidor público intenta apropiarse de los bienes o recursos públicos, pero no logra su objetivo. La tentativa en el delito de peculado es un tema polémico en la doctrina penal, y ha sido objeto de diversas interpretaciones por parte de los autores.

En función de lo planteado, algunos autores argumentaron que la tentativa en el delito de peculado es posible, siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos. Por ejemplo, Díez (2005) señaló que la tentativa en el delito de peculado es posible si se configuran los elementos subjetivos del tipo penal, es decir, si el sujeto tiene la intención de apropiarse de los bienes o recursos públicos.

Por otro lado, algunos autores sostienen que la tentativa en el delito de peculado no es posible, ya que se trata de un delito de resultado. De acuerdo con Mir Puig (1996), la tentativa en el delito de peculado no es posible, puesto que la realización completa de la conducta típica es imprescindible para que se produzca un daño efectivo a la administración pública. En cualquier caso, la tentativa en el delito de peculado implica la realización de actos encaminados a la comisión del delito, que pueden ser castigados penalmente si se cumplen los requisitos exigidos por la ley.

Por su parte, Ramiro García Falconí aseguró que según la doctrina, en los casos de comunicación entre delincuentes, puede darse la situación en la que no se logre el resultado deseado debido a factores externos a la voluntad del autor. No obstante, si los hechos ejecutados tienen la capacidad de producir el resultado, entonces se puede considerar al peculado como intentado y punible como tal.

En resumen, la tentativa de peculado es posible si el autor llega a la etapa ejecutiva y realiza actos claramente dirigidos a la consumación del delito, dado que la tentativa requiere una conducta que vaya claramente encaminada hacia ese fin (Corte Nacional de Justicia 2016/2017).

Al realizar análisis de lo anteriormente expuesto, es necesario indicar que desde el punto vista personal, la tentativa en el delito de peculado podría configurarse siempre y cuando exista la vulneración de la confianza funcional que se deposita en el funcionario público. Sin embargo, al ser un delito de resultado, en el que no se logra configurar el final de la consumación del tipo que es la apropiación o abuso de los bienes del Estado para beneficio propio o de un tercero, la lesividad de la conducta no se podría establecer.

No obstante, si se procesa por actos preparatorios lo único que se pretendería al utilizar el derecho penal para juzgar esos actos es la búsqueda de la cárcel a un ser humano sin perjuicio patrimonial del Estado, cuando se podría resolver de otra forma diferente utilizando otras ramas del derecho que lograría resarcir al Estado por procedimientos o actos mal realizados dolosos o culposos.

Ciertamente, la consumación y tentativa en el delito de peculado son temas polémicos en la doctrina penal, que han sido objeto de diversas interpretaciones por parte de los autores. Algunos autores consideraron que la consumación es

un elemento imprescindible para que se configure el delito de peculado, mientras que otros han sostenido que la tentativa ya puede configurar el delito, incluso si no se produce un resultado típico.

En todo caso, es necesario tener en cuenta que el delito de peculado es una figura delictiva grave dentro del derecho penal, que implica la apropiación indebida de bienes o recursos públicos por parte de los funcionarios o servidores públicos. En consecuencia, es importante que las autoridades judiciales sean rigurosas en la aplicación de la ley penal, para garantizar una administración pública transparente y eficaz.

1.5 Tipos de Peculado

1.5.1 Peculado por Apropiación

En palabras de Cueva (2006), el peculado por apropiación se define como el acto de sustraer o apropiarse de bienes públicos, en beneficio propio o de terceros, por parte de aquellos a quienes se les ha confiado su custodia. La clave en este tipo de peculado es el verbo "apropriarse", que implica disponer del dinero o bienes como si se fuera su dueño, sin intención de devolver lo tomado.

En el caso del tratadista Cancio (1994), quien explicó que el peculado por apropiación implica comportarse como si se tuviera dominio sobre el bien en cuestión, ejerciendo actos de dominio incompatibles con el título de tenencia legítima, y sin intención de devolverlo. Es importante destacar que al acusar a alguien de peculado por apropiación, se debe demostrar que su intención al abusar de los bienes públicos era no devolverlos, además de demostrar la presencia de la intención de obtener beneficio económico, incluso si este beneficio no se ha concretado.

1.5.2 Peculado por Uso

En este tipo de delito, el verbo principal es "uso indebido", lo cual indica que el sujeto activo, es decir, el servidor público utiliza los recursos o bienes públicos en beneficio propio. Incluso se establece como una infracción si el servidor público permite que un tercero utilice indebidamente los bienes o fondos del

Estado. Así pues, el sujeto activo es el funcionario público que, en virtud de su cargo, tiene bajo su responsabilidad la administración de los bienes.

1.5.3 Peculado Culposo

En este tipo de peculado, el sujeto activo simplemente no cumple con lo que se espera que haga de acuerdo a su función. La persona que comete este delito ocupa un cargo público donde, como parte de sus responsabilidades debe recolectar dinero para la entidad en la que trabaja. Sin embargo, la persona no registra ni ingresa ese dinero al sistema de la entidad, por lo que no queda documentado como recibido. Aunque el responsable puede devolver posteriormente el dinero, esto aún constituye peculado, dado que no lo entregó o registró correctamente conforme a la ley. Entonces, "el peculado culposo, es dejar por parte del servidor público, que por su culpa o por una conducta descuidada o negligente, se pierdan o dañen bienes del Estado o de particulares que se hayan confiado por razón de su cargo" (Cancio, 1994, p.79).

No obstante:

Una PENA es un daño infligido por la autoridad pública sobre alguien que ha hecho u omitido lo que se juzga por la misma autoridad como una transgresión de la ley, con el fin de que la voluntad de los hombres pueda quedar, de este modo, mejor dispuesta para la obediencia. Cancio, 1994, p.79)

Es importante mencionar que, aunque esta clasificación de peculado es aceptada por la doctrina, no está tipificada en la legislación ecuatoriana.

Sin embargo, el Código Orgánico Integral Penal (COIP) establece en su artículo 28 la omisión dolosa, donde se describe claramente que consiste en que una persona no realiza ningún esfuerzo para evitar la comisión de un delito, a pesar de estar en una posición de garante. Esto podría indicar que la normativa penal ecuatoriana sanciona la omisión dolosa y que es compatible con el peculado por omisión. Sin embargo, en el segundo inciso del mismo artículo 28 del COIP se especifica que una persona se encuentra en posición de garante cuando tiene una obligación legal o contractual de cuidado o custodia del bien jurídico y ha

causado o aumentado previamente un riesgo que resulta determinante en la afectación de dicho bien jurídico (COIP, 2014).

1.6 Pena y Responsabilidad

Concepto de Pena. La pena es una sanción preestablecida por la ley, que se impone a consecuencia de un proceso penal a personas que cometen un delito, cuyo fin es mantener el orden en la sociedad, retribuyendo la sanción frente una conducta penalmente relevante. Frente aquello se puede inferir que se trata de un castigo que debe traducirse en un sufrimiento físico, emocional o psicológico, incidiendo directamente sobre el límite o restricción de bienes jurídicos a una persona que cometió un delito, convirtiéndose en una sanción legítimamente aceptada y respaldada por la Constitución y la ley.

Así pues, la pena es un modelo que se usa a falta de un nuevo paradigma para tratar de corregir y castigar una conducta delictiva, cuyo propósito es persuadir a los miembros de la sociedad de las consecuencias que sobrevienen ante el cometimiento de un delito.

En palabras Carrara (2004) para que el derecho sea defendido por todos y contra todos, nace de ello la necesidad de que hay que contemplar en la pena dos fuerzas la física y la moral, de manera que el derecho penal, al vulnerar los derechos del culpable en castigo de la infracción cometida no realiza una violación, sino una protección de derechos. Por su parte Hobbes (1651) manifestó con respecto a la pena lo siguiente:

Una pena es un daño infligido por la autoridad pública sobre alguien que ha hecho u omitido lo que se juzga por la misma autoridad como una transgresión de la ley, con el fin de que la voluntad de los hombres pueda quedar, de este modo, mejor dispuesta para la obediencia. (p.)

No obstante, Feuerbach como se citó en Greco (2015) definió a la pena como “un mal que se inflige por acciones cometidas en contra de la ley” (p. 205). Es decir que se trata de la imposición de un mal hacia una persona que hizo mal con un fin reeducativo y reinserción social, a manera de cura del ser humano infractor.

La pena, en resumen, tiene como fin la rehabilitación, la prevención y la retribución, en busca de llegar o mantener el equilibrio de la sociedad y sus intereses, debiendo ser aplicada bajo los principios de proporcionalidad, justicia y respeto a los derechos humanos. Existen varias teorías de la pena que por el objetivo de este trabajo solo se las mencionará: teoría de la prevención absoluta, teoría de la retribución, teoría de la prevención general, teoría de la prevención especial y, reafirmación de la vigencia de la norma (Rodríguez, 2019).

Concepto de Responsabilidad Penal. Este concepto implica juicios de valor negativos, frente a la conducta de un ser humano, y se trata de un reproche social, que implican la culpabilidad del cometimiento de un delito. Así pues, son la “responsabilidad por un acto a un sujeto, ha de considerarse a dicho sujeto un agente moral, lo que implica admitir su capacidad de libre decisión”.

Así las cosas, las personas están sujetas al cumplimiento de un ordenamiento jurídico que regule o mantenga la paz social dentro de los límites requeridos. Se puede determinar que es la capacidad que puede tener una persona para establecer su responsabilidad penal y sea sujeto a la imposición de una pena, que se llega a través de un proceso judicial en donde se valoran de manera racional las pruebas presentadas, se revele el nexo entre los hechos, se encuentre la verdad y de así encontrar el mérito imponer la sanción de manera proporcional bajo el respeto de los derechos humanos. Cabe destacar, que los requisitos esenciales para llegar a la responsabilidad penal son la culpabilidad, tipicidad, antijuridicidad, e imputabilidad.

Culpabilidad. El jurista ecuatoriano Encalada (2014) al establecer un concepto de culpabilidad lo hace de la siguiente manera:

Atendiendo al origen contractualista de las sociedades y al derecho de castigar como instrumento para mantener el orden social, ante el injusto penal, es decir ante un acto típico antijurídico, la sociedad hace un juicio de reproche a este individuo que pudiendo haber respetado el derecho no lo hizo. Esto es culpabilidad. (p. 82)

Es decir que la sociedad debe evaluar la conducta que se considera como delictiva por el incumplimiento de las normas teniendo la decisión de respetarlas.

Tipicidad. Es la expresión de la conducta penalmente relevante, contenida en la ley (principio de legalidad) es parte importante del ejercicio de subsunción que se debe realizar para establecer la adecuación del hecho a la norma, es decir se trata de la descripción de una conducta que se encuentra prohibida de realizarla bajo la amenaza de la imposición de una pena privativa de libertad y reparación del daño causado. En efecto, “la tipicidad es la correspondencia entre un conducta humana y la descripción del hecho punible previsto en la ley penal” (Encalada, 214, p. 46).

Lo que se trata de manifestar es que la tipicidad es la verificación y adecuación de una acción contenida como prohibida en el catálogo de delitos que tiene un país, para esa adecuación debe suceder ciertos actos y que esos actos se encuentren previstos en la norma ex ante, circunstancia que determinará la responsabilidad de una persona.

Antijuridicidad. Es el requisito que establece que para que la conducta sea considerada como penalmente relevante, esa conducta debe lesionar un bien jurídico, “que son los valores o intereses indispensables para una pacífica y libre coexistencia humana (como la vida, la autodeterminación sexual, la propiedad, una correcta administración de justicia, la fidelidad en ejercicio de la función pública)” (Pasquel, s.f., p. 8). Cabe destacar, que es la relación de valoración entre la conducta y el ordenamiento jurídico que la prohíbe, es la comparación entre conducta, norma y resultado.

En ese sentido, se divide en antijuridicidad formal y material, la formal es la conducta típica que contraviene el ordenamiento jurídico y la material se podría establecer que en conjunto con la antijuridicidad formal es la lesividad de la conducta al bien jurídico protegido, es decir que el acto contravenga la norma y ese desacato normativo lesiones un bien jurídico protegido.

1.7 Fundamentos del Principio de Mínima Intervención Penal

Como uno de los puntos principales de este trabajo, se debe establecer con claridad que la mínima intervención penal es una de las características fundamentales del derecho penal, pues lo que se quiere lograr es la comprensibilidad sobre los límites que tiene este derecho, precisamente porque es lesivo por naturaleza. Así pues, sus objetivos principales son la aplicación de

un mal normado y legítimo hacia una persona que hizo mal y vulneró un interés social que produjo conmoción con su resultado, alterando el normal desarrollo de una sociedad organizada.

Sin embargo, es menester estudiar el principio de mínima intervención penal, cómo se lo debe tratar y cuál es la forma correcta para su aplicación. Lo anterior, se realiza sobre la base o desde la perspectiva de lo salvaje que puede ser el derecho frente a los derechos fundamentales de un ser humano, entendido de la siguiente manera:

La mínima intervención significa que el Estado debía actuar únicamente en los casos más graves y proteger los bienes jurídicos de mayor importancia, y sería el derecho penal la última o extrema ratio, cuando ya hubieran fracasado las restantes alternativas del derecho. (Elbert, 1998, p. 111)

Bajo ese orden de ideas, Muñoz y García (2019) consideró este principio como una parte nuclear del derecho penal, y lo expuso de la siguiente manera:

[...]a mi juicio, estos límites pueden reducirse a la vigencia, no sólo formal, sino material también, de dos principios fundamentales: el principio de intervención mínima y el principio de intervención legalizada del poder punitivo del Estado. Sin embargo, en la doctrina suelen señalarse otros, como el de humanidad, culpabilidad, proporcionalidad, etc., que, en realidad, no son más que diversas formas de aparición de los mencionados anteriormente. (p. 64)

De la lectura de las líneas anteriores se puede establecer que la mínima intervención penal es uno de los límites al poder punitivo del Estado frente a la activación o uso del derecho penal, pues este derecho tiene su condición de *última ratio*, esencialmente por cuanto uno de sus objetivos principales es la privación de libertad de una persona. Por lo tanto, este principio tiene como origen la fragmentariedad y subsidiariedad que son los componentes de la mínima intervención penal.

En función de lo planteado, la subsidiariedad significa que el análisis debe ser desde el parámetro fáctico, con el fin de determinar si ese hecho puede ser resuelto por otras barreras de derecho menos lesivas para los derechos

fundamentales. Es decir que se debe evitar a priori el uso del derecho penal, encontrando en materias no penales la solución, pues de lo contrario se estaría desconociendo la lesividad del derecho penal al convertirlo en un derecho de preferencia frente a las otras ramas del derecho. Eventualmente, estableciendo una expansión peligrosa e innecesaria del derecho, creando una sensación de costumbre del derecho penal, convirtiendo a la población en insensible ante la amenaza y consecuencias del uso del derecho penal (Ferrajoli como se citó en Zaffaroni et al., 2013).

La fragmentariedad, se refiere puntualmente a que no todas las conductas con connotación penal deben ser resueltas por el derecho, sino las más relevantes y trascendentes para la sociedad y su convivencia, es decir debe ejercer su poder sobre los bienes jurídicos más notables. En consecuencia, Von Litz (1999) sobre los bienes jurídicos los define como “aquel interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada que adquiere reconocimiento jurídico” (p. 6).

No obstante, Roxin en concordancia con lo manifestado entorno a la fragmentariedad manifestó lo siguiente: “[...]es evidente que nada favorece tanto la criminalidad como la penalización de cualquier injusto consistente en una nimiedad[...]" (Roxin, 1976, p. 22). Lo anterior, significa que el derecho penal no puede ni debe proteger o resarcir todos los bienes jurídicos, ni tampoco debe tipificarse todo como conducta penalmente relevante, debe estar reservado para los bienes jurídicos.

Sin embargo, en las sociedades post industriales existe una expansión del derecho penal como una antítesis de la mínima intervención penal. El tratadista Jesús Silva Sánchez explicó de manera sucinta los fenómenos por los cuales se da esta expansión del derecho penal, así se obtiene lo siguiente:

Los nuevos intereses. Proporciona la relación con la consideración de nuevos bienes jurídicos, o de nuevas realidades que establecen una magnificación de los bienes jurídicos ya existentes, los cuales pueden dar paso a la expansión razonable del derecho penal, pero también a la irrazonable (Silva, 2001).

La efectiva aparición de nuevos riesgos. Tiene que ver con la evolución en las nuevas formas de criminalidad, en donde tienen como base de la conducta

delictiva el avance de la tecnología el alcance de la lesividad de esa conducta que trasciende fronteras además de permitir una organización y estructuración más y mejor elaborada de los grupos delincuenciales (Silva, 2001).

Institucionalización de la inseguridad. Es la forma en la que las sociedades actuales magnifican hechos que resultan escasamente comprendidos, los cuales implican distribución de noticias sensacionalistas que establecen una sobre dimensión de la realidad que repercute en las personas causando miedo y sensación de inseguridad (Silva, 2001).

La sensación social de inseguridad. Son situaciones que no dependen se cada individuo que generan inseguridad, pues son hechos que dependen de otro y no está en control de un solo individuo, generando miedo adicionando el manejo sensacionalista de las noticias por parte de los medios de comunicación (Silva, 2001).

Configuración de una sociedad de sujetos pasivos. Se trata de un grupo de personas que por su condición de vulneración o desempleo no toman riesgos de emprendimiento y lo que se intenta es que ese grupo se vea coaccionado a no cometer delitos aumentando el catálogo de estos (Silva, 2001).

Identificación de la mayoría social con la víctima del delito. Para el infractor no existe rehabilitación o debe ser sujeto de tratamiento por parte del Estado, pues es quien, con conciencia y voluntad, decidió realizar su conducta, y es solo a la víctima a quien se le debe entender y atender (Silva, 2001).

Descrédito de otras instancias de protección. El sobredimensionamiento del uso del derecho penal, sin entender que existen otras barreras del derecho (Silva, 2001).

Gestores atípicos de la moral. Son grupos que pensamiento particular que requieren del derecho penal para tipificar conductas penales (Silva, 2001).

La actitud de la izquierda política. Esta tendencia política, minimiza por un lado el uso del derecho penal sobre la población y por otro lo requiere para control de los poderosos. Resulta una contradicción que establece la merma de la verdadera esencia del derecho penal (Silva, 2001).

El gerencialismo. Se trata de justicia negociada, y desvalorización de la sociedad de los derechos fundamentales que tiene una persona en conflicto con la ley promoviendo tratos inhumanos y diversas formas de acuerdos (Silva, 2001).

Cabe destacar, que si bien es cierto que existen nuevas formas de criminalidad y que se requiere de un derecho penal más técnico y moderno de acuerdo con la evolución de la criminalidad es también cierto que la mínima intervención penal debe evolucionar. Partiendo de la idea de que el derecho penal es fuerte y lesivo para un ser humano, y que las formas de castigar una conducta penalmente relevante no puede ser únicamente la privación de libertad, pues se debe entender que en delitos patrimoniales o contra la eficiencia de la administración pública no se lograría nada si no se recupera el patrimonio o la merma patrimonial al erario nacional. En consecuencia, quedarían seres humanos privados de libertad como si fuesen zoológicos humanos, sin rehabilitación y con la eventual pena de muerte (de facto), tal y como sucede en las cárceles ecuatorianas.

Bajo ese orden de ideas, en el siguiente capítulo se realizará un análisis de un caso en particular por peculado ocurrido en el año 2017, en el cual se pudo aplicar la mínima intervención penal a través de materias no penales que pudieron resolver de mejor manera para la sociedad y el Estado.

Capítulo II

Análisis crítico del caso No. 17294-2017-00003, Caso Condesados – Refinería de Esmeraldas

2.1 Antecedentes del caso

Fiscalía General del Estado, conoció la causa a través del Informe con Indicios de Responsabilidad Penal No. DASE-0074-2016, elaborado por la Contraloría General del Estado, como parte del examen especial a los procesos precontractual, contractual, de ejecución, supervisión y liquidación de los contratos 2014011-RGER-2014, 20140203 CCI-ZNO-2014 y REF-2015012, suscritos con la empresa Jorge Vivar Servicios de Ingeniería Mecánica Cía. Ltda., y sus contratos accesorios, en la Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador, EP PETROECUADOR, por el período comprendido entre el 01 de junio de 2013 y el 22 de abril de 2016.

Se analizó el contrato REF-2015012, en el que el Gerente de Refinación, en el proceso RE-009-EPP-LAB-2014, presuntamente no habría justificado técnicamente la selección entre las empresas, Tesca ingeniería del Ecuador, Sesmo S.A. y Jorge Vivar Servicios de Ingeniería Mecánica Cía. Ltda., adjudicándole a esta última, el contrato REF-2015012, sin que la Comisión Técnica haya considerado que se encontraba inhabilitada para intervenir en el presente proceso, por cuanto elaboró la propuesta técnica-económica que sirvió de base para la elaboración del presupuesto referencial y, que por el contrario, la oferta que esta misma presentó era superior en 3 725 294,98 USD, con igual tipo de actividades, unidades y cantidades.

La Empresa Jorge Vivar Servicios de Ingeniería Mecánica Cía. Ltda. manifestó Fiscalía que no cumplió con el cronograma valorado, existiendo una diferencia por los rubros no ejecutados por 1 818 718,34 USD, lo que no fue ordenado ni multado en el proceso de pago por el Administrador de EP PETROECUADOR y el Representante de Worley Parsons a cargo de la fiscalización, lo que impidió la aplicación de la multa por un total de 3 728 441,75 USD aparentemente.

Razón por la cual se inició una investigación y posterior proceso penal por el delito de peculado, tipificado y sancionado en el tipo penal del Art. 278 del Código Orgánico Integral Penal.

Las personas procesadas eran las siguientes:

Tabla 1. personas procesadas

Carlos Eugenio Pareja Yanuzelli	Gerente de Refinación
José Luis Castillo Mina	Administrador del Contrato
Héctor Marcelo Robalino Espín	Gerente de Logística y Abastecimientos
Carlos Luis Quinde Alejandro	Superintendente de la Refinería
Reymond Marvin Falcon Junior	<i>Worley Parsons</i>
Jorge Patricio Vivar Quintero	Contratista
Diego German Tapia Ayala	Gerente de Refinación
Alex Fabricio Bravo Panchano	Gerente

El informe de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado, tenía en lo principal lo siguiente:

1. Que la empresa Jorge Vivar Servicios de Ingeniería Mecánica Cía. Ltda. presentó una propuesta técnica económica y especificaciones técnicas para la recuperación de condensados de la refinería de Esmeraldas, el 23 de junio de 2014.
2. Que Carlos Pareja Yanuzelli, en calidad de Gerente de Refinación, solicitó al Gerente de Logística y Abastecimiento, se proceda a la contratación del mencionado servicio con empresas especializadas que cubran el requerimiento, con una asignación presupuestaria para el proyecto de USD 23.390.649,40, y es el Ing. Carlos Pareja quien solicitó al gerente de Logística y Abastecimientos, que inicie el proceso de contratación incluyendo a las empresas Jorge Vivar Servicios de Ingeniería Mecánica Cía. Ltda., Tesca Ingeniería del Ecuador; y, SESMO S.A.
3. La Contraloría estableció que no se justificó técnicamente la selección de esas empresas, tampoco la selección del contratista, al cual se le adjudicó el contrato esto es a Jorge Vivar Servicios de Ingeniería Mecánica Cía. Ltda., y que posiblemente afectó los principios de trato justo, igualdad, transparencia y participación nacional.
4. Que Jorge Vivar se encontraba inhabilitado pues se encontraba en la causal segunda del artículo 63 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, pues su propuesta técnica económica sirvió de

insumo para elaborar el presupuesto referencial y especificaciones técnicas.

5. Que la mencionada comisión técnica no observó que la empresa Jorge Vivar Servicios de Ingeniería Mecánica Cía. Ltda tenía un incremento del 16 % que representa USD 3 725 294,98. Valor que no se justificó en razón de que el presupuesto referencial se realizó con una propuesta del mismo contratista de 18 de junio de 2014, en igual tipo de actividades, unidades y cantidades, emitiendo la recomendación de adjudicación sin respaldar documentadamente el análisis de los precios unitarios y sin reportar la omisión en las especificaciones técnicas de las ingenierías, acciones que contribuyeron para que la empresa Jorge Vivar Servicios de Ingeniería Mecánica Cía. Ltda., se adjudique el contrato que es materia de esta causa esto es el No. REF-2015012.
6. Que hubo un retraso en el cumplimiento del contrato por parte del contratista, con un desfase entre lo contratado y realmente ejecutado, existiendo una variación de -6.71 % por los rubros no ejecutados que totalizan USD 1 818 718,34, y que no fue observado, ni multado por el Administrador del contrato, ni por la fiscalizadora, lo que impidió la aplicación de la multa por un total de USD 3 728 441,75.

No obstante, es necesario indicar que fiscalía emitió dictámenes no acusatorios, a favor de cinco procesados.

2.1.1 Decisiones realizadas dentro de la causa

De las consideraciones y análisis realizados en la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio los hallazgos de acuerdo a la verdad procesas fueron los siguientes:

1. Las pericias técnicas dispuestas en la investigación, ninguna manifiesta un elemento de cargo en contra de los procesados.
2. La pericia contable establece que no hay sobreprecio.
3. La pericia mecánica dice que la obra está bien ejecutada.
4. La pericia financiera en un primer momento manifiesta que no encontró razón para justificar más de dos millones de dólares. Sin embargo, en la ampliación dice que se justificó no solo los más de dos millones de

dólares, sino más de cuatro, lo que resulta contradictorio para establecer una cifra en perjuicio como sobreprecio del contrato.

5. La empresa pública EP Petroecuador debía por ejecución de la obra más de la cifra que se estableció como perjuicio desde el informe con indicios de responsabilidad penal.
6. Jamás hubo perjuicio económico.

A partir del análisis anterior, se logró determinar: que en la etapa intermedia fue la emisión de un sobreseimiento, pues la acusación de Fiscalía se basó exclusivamente en la falta de cobro de las multas al contratista, pese a que el mismo expediente demostró meridianamente que no hubo perjuicio económico, es decir jamás se pudo hablar de peculado pues el perjuicio jamás se concretó (revisar consumación) , muestra de aquello fueron los resultados periciales que establecieron una justificación excesiva de los rubros por variación de impuestos de los implementos y herramientas técnicas que requerían la obra.

El auto de sobreseimiento emitido de conformidad con el Art. 653 numeral tercero del COIP¹ fue apelado, y la decisión de la Corte Provincial de Pichincha fue la declaratoria de nulidad, por cuestiones ajenas al fondo del caso. Asimismo, se retrotrajo el proceso a fojas anteriores a la convocatoria de la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio dejando sin efecto el auto de sobreseimiento anteriormente referido.

Una vez que se realizó (nuevamente) la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio con los mismos parámetros fácticos y los mismos elementos antes mencionados, se decidió emitir un auto de llamamiento de juicio en contra de Carlos Eugenio Pareja Yannuzzelli como autor conforme al art. 42.1. lit. a) del COIP² , y DIEGO GERMAN TAPIA AYALA, ALEX FABRICIO BRAVO PANCHANO, Y JORGE PATRICIO VIVAR QUINTERO, en calidad de coautores

¹Art. 653.- Procedencia.- Procederá el recurso de apelación en los siguientes casos (...) 3. Del auto de sobreseimiento, si existió acusación fiscal.

² 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.

conforme al art. 42.3 del COIP³ del tipo penal previsto en el Art. 278 de la misma norma (esto es por peculado).

En tribunales se condenó por voto de mayoría a Carlos Eugenio Pareja Yannuzzelli Y Jorge Patricio Vivar Quintero por peculado en calidad de autores directos tal como lo establece el Art. 42 numeral 1 literal del COIP, mientras que al Alex Fabricio Bravo Panchano se ratificó el estado constitucional de inocencia.

La base de la sentencia condenatoria fue por haber suscrito un contrato con más menos tres millones de dólares de diferencia, entre ofertas presentadas con una brecha de tiempo de “meses” como lo manifestó el tribunal sin tener un elemento probatorio que sustente el real perjuicio, pese a tener la pericia contable y técnica que establecieron que no existía perjuicio y la obra se encontraba realizada en su totalidad. Es decir que la base de la condena del tribunal era exclusivamente por un presunto proceso de contratación pública presuntamente mal realizado, y no por la configuración de la conducta penalmente relevante acusada por Fiscalía, es decir no lo mencionó. No obstante, se encontraba implícito que sin perjuicio solo ha condenado por una eventualidad es decir por una presunta y débil tentativa.

Por otro lado, existe el voto salvado, el cual establece con claridad que efectivamente no existe peculado, puesto que el perjuicio jamás se configuró. Tal es así que el desfile probatorio expuso aquello, con la pericia contable y mecánica, de la cual se desprende que jamás existió un pago por parte de la Estatal EP Petroecuador, y que la condena de mayoría no tomó en cuenta la verdad procesal y solo expuso ideales de perjuicio sin consumación del tipo penal de peculado, es por aquello que la postura de este trabajo es la demostración que no es posible la configuración de la tentativa para este tipo penal, y que con la aplicación de las otras barreras del derecho pudieron resolver la causa de mejor manera inclusive con la reparación al Estado de lo erogado en el proceso contractual, para verificar que si es posible aplicar la mínima intervención penal.

³ 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.

En apelación, se resolvió en modificar la sentencia, condenando únicamente a Carlos Pareja Yanuzelli, ratificando el estado constitucional de inocencia del contratista (*extraneus*) Jorge Vivar Quintero.

Finalmente ante el recurso extraordinario de casación interpuesto por Fiscalía y por el sentenciado, la Corte Nacional de Justicia decidió la inadmisión de los recursos por no cumplir los requisitos técnicos jurídicos para el efecto.

2.1.2 Análisis crítico del caso

Bajo ese orden de ideas, es válido afirmar que la causa dentro de la investigación previa se obtuvo varios insumos de los cuales Fiscalía pudo haber establecido que el caso no necesitaba del uso de derecho penal; en segundo lugar, lo que arrojó la investigación fue un peculado sin perjuicio, mientras que lo único que se procesó fue un proceso contractual presuntamente mal realizado, el cual es explicado a continuación:

- a) **Mínima Intervención Penal en el caso en concreto:** la Corte Constitucional en sentencia No. 2706-16-EP/21, la Dra. Teresa Nunques Martínez con respecto al principio de mínima intervención penal estableció lo siguiente:

[...]23. De forma general, el principio de mínima intervención penal engendra dos consecuencias: (i) la primera, referente al ámbito de acción del Derecho Penal, y (ii) la segunda, concerniente a la proporcionalidad de las medidas punitivas. En lo que respecta al ámbito de acción del Derecho Penal, el principio de mínima intervención establece que las instituciones del sistema penal solamente podrán activarse luego de verificarse que no existen otras ramas del Derecho y otras vías procesales más o igual de idóneas y eficientes que las del Derecho Penal para tutelar el bien jurídico lesionado. Por su parte, en lo relativo a la proporcionalidad de las medidas punitivas, el principio de mínima intervención penal manda que todas las medidas que tengan como efecto restringir la libertad de las personas procesadas o sentenciadas, o limitar otro tipo de derechos humanos, sean idóneas, necesarias y proporcionales.

En ese sentido, la Corte Constitucional en este fallo recogió lo ya manifestado en el primer capítulo, pues refirió a manera de obligación y por objetividad, establecer por parte de Fiscalía en este caso (al conocer un hecho) si existen otras barreras del derecho o vías procesales idóneas para tutelar el bien jurídico protegido.

En el caso puntual, se destaca que existe exclusivamente un proceso precontractual y contractual de una adjudicación de una obra en la refinería de Esmeraldas, en la que no existe un perjuicio al erario nacional, y solo una mera expectativa de pago que jamás se realizó al contratista por parte del Estado y que aquello fue la base la sentencia condenatoria en primera instancia.

Ahora bien, si no existe un perjuicio, y solo se estima que hubo presuntamente un proceso contractual sin perjuicio al Estado la realizado, la pregunta es, por qué Fiscalía no analizó al menos la posibilidad de que por medio de la facultad de Contraloría se iniciara un proceso administrativo de responsabilidad civil culposa, con el propósito de determinar una glosa y cobrar con la facultad coactiva lo que se liquide por el proceso contractual de adjudicación del contrato por la recuperación de los condesados.

Es que acaso no sería mejor decidirse por esa vía sin tener que gastar en un proceso penal con una condena cuya reparación no tiene sustento de perjuicio económico al erario nacional, y lo único que se ha obtenido es la condena y prisión de un ser humano sin recuperación de nada en el plano económico.

Así pues, si solo se realiza un análisis simple de las características que rigen al principio de mínima intervención penal, para la causa en concreto se cumplían, pues existe otro mecanismo extrapenal que inclusive tenía la capacidad de considerar el gasto que se realizó por parte de la EP Petroecuador en el procedimiento de contratación pública. Procedimiento que inclusive tenía o tiene la suficiencia para determinar intereses de los montos erogados; la respuesta resultaría evidente, sin embargo este proceso fue mediatizado y el momento político en el que se desarrolló fue sobre pugnas de poderes y cambio de autoridades de control, momento

en el cual se agravó la situación de la falta de independencia judicial en Ecuador.

Siendo la criminalización lo único que servía en ese momento con relación a toda conducta que solo Fiscalía consideraba como peculado u otro tipo penal en contra de la eficiencia de la administración pública. Es decir, se convirtió y se sigue considerando al derecho penal como de prima ratio.

Cabe destacar, que este hecho se hace sin reflexionar que la vía no penal que se analiza debería optar por mejores resultados que solo una persona privada de libertad y nada más, inclusive se estaría en concordancia con los criterios emitidos por las CIDH. Lo anterior, se relaciona con el uso de la prisión preventiva y de la pena en las américas, dispuesto de la siguiente manera: “[...]c) la promoción del uso de medidas alternativas o sustitutivas de la detención preventiva y de la privación de libertad como pena [...]” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2011, p. 177).

Ahora bien, al revisar los resultados del análisis se obtuvo que únicamente una persona fue privada de libertad sin que se hubiera recuperado nada (porque no había sustento) de la reparación integral. Asimismo, se generó proceso incobrable de aquello. Inclusive, por cuestiones de ahorro de recursos el proceso penal en este caso en concreto ha sido más caro socialmente que lo que pretendía resarcir o proteger.

b) Tentativa de peculado dentro del caso en concreto.

Como se ha establecido, en materia de los recaudos procesales dentro del caso en análisis, se destacó que estos son por lo menos cien elementos que Fiscalía recopiló entre procesos contractuales, versiones y peritajes. Sin embargo, los peritajes contables, de ingeniería mecánica, y la financiera demostraron que jamás hubo un perjuicio económico en contra del Estado, por cuanto no pagó varias planillas de ejecución de la obra. Inclusive con la obra en funciones, si el delito de peculado es un delito de resultado del cual requiere obligatoriamente que se exprese directamente el perjuicio a los recursos estatales, en el caso en análisis no ocurrió aquello, y tampoco se consideró el principio de mínima intervención penal por la mediatez del caso. No obstante, los actores

tenían la causa que constituyó razón suficiente para usar el derecho penal puro y duro.

Sin embargo, al no tener una certeza o un elemento que manifestara que efectivamente hubo un perjuicio quedó implícito desde la investigación que la línea de esta siempre fue la tentativa de peculado, pues la falta de un perjuicio al erario nacional se conocía desde la fase de investigación previa, y fue la falta de objetividad de Fiscalía, lo que permitió que se continuara la causa. Asimismo, se llegó a una falta de control y análisis de la parte jurisdiccional en la que se llegó a un análisis sin sustento.

En ese sentido, si el objetivo consistía en realizar el análisis de la tentativa, este debía ser por parte de Fiscalía y los Jueces, al establecer el análisis de los elementos de la tentativa, con el fin de justificar una condena de peculado sin perjuicio. De tal manera, que para lograrlo debía realizarse un análisis del *iter criminis* desde la fase de ideación o fase interna, siempre que ese pensamiento de delinquir se expresó al mundo real o se puso en ejecución por parte del infractor o infractores. Al respecto de la tentativa, Muñoz Conde manifestó lo siguiente:

[...]Partiendo de la descripción legal de la acción típica, entiende, en primer lugar, a la imagen que tiene el autor del curso de los acontecimientos (plan del autor) y luego a si, de acuerdo con esta imagen, el comportamiento realizado está tan estrechamente ligado a la acción típica que prácticamente no hay eslabones intermedios esenciales para poner en actividad inmediata su realización. (Muñoz, 2014, p. 418)

Es decir, para que la tentativa pueda existir, se debe analizar el plan, el propósito de la voluntad que se tenía por parte del autor, y la amenaza de vulneración de un bien jurídico protegido. En palabras cortas, es la imposibilidad de cumplir el tipo penal exclusivamente por causas ajenas a la voluntad del autor. En efecto, a continuación, se cita el artículo 39 del Código Orgánico Integral Penal:

Art. 39.- Tentativa.- Tentativa es la ejecución que no logra consumarse o cuyo resultado no llega a verificarse por circunstancias ajenas a la voluntad del autor, a pesar de que de manera dolosa inicie la ejecución del tipo penal mediante actos idóneos conducentes de modo inequívoco

a la realización de un delito. En este caso, la persona responderá por tentativa y la pena aplicable será de uno a dos tercios de la que le correspondería si el delito se habría consumado.

Partiendo de esa premisa, en el caso en concreto de estudio, se obtiene que hubo un proceso de contratación pública para la construcción de un mecanismo de aprovechamiento de los condensados que se liberaban en la refinería de Esmeraldas, para ser recogidos y aprovechados en esta. No obstante, para el efecto se establecieron pliegos y bases técnicas del proyecto, hubo postulaciones, y un ganador. Así pues, se comenzó a ejecutar el proyecto, pagando las planillas mientras iba avanzado la obra, inclusive el contratista invertía su dinero hasta que la empresa estatal le canceló el proyecto que jamás sucedió. Asimismo, la ejecución de la obra inició tarde por falta de diligencia de nombrar fiscalizador por parte de la EP Petroecuador, y Fiscalía estableció una acusación por peculado sin perjuicio en concreto.

En ese sentido, si los pasos encaminados a cometer el peculado en este caso fueron el de apropiarse o abusar (jamás estuvo claro) de los recursos estatales, como en el delito que se acusó, se tiene como presunto perjuicio la falta de cobro de multas, y el monto del contrato que no se canceló por parte de la Estatal. Elementos que siempre tuvieron como prueba en contrario las pericias que establecieron que no hubo perjuicio económico, haciendo Fiscalía exclusivamente un análisis de los pasos contractuales y precontractuales de la contratación pública. En efecto, se adjudicó el contrato, dando cuenta que la posición de Fiscalía fue por una eventual tentativa de peculado, cuyo resultado es un inexistente peculado. No obstante, sí pudo haberse configurado un presunto tráfico de influencias.

Ahora bien, de lo estudiado a lo largo de este trabajo se estableció que efectivamente el delito de peculado puede soportar la figura de tentativa. Sin embargo al ser el derecho penal una materia que se rige por principios propios de su naturaleza jurídica, el trato de la tentativa debe ser caso a caso, pues la tentativa implica la falta de un perjuicio en concreto de los recursos estatales en lo relacionado con el delito de peculado. Así pues, aquello obliga a la acusación a realizar un análisis profundo de la necesidad de iniciar un proceso penal de peculado sin perjuicio.

Bajo ese orden de ideas, es necesario comprender si ese hecho o delito tentado puede o no resolverse a través de una glosa o procedimiento administrativo en la Contraloría General del Estado, partiendo sobre la base que el derecho penal busca como uno de sus objetivos principales privar de la libertad a una persona.

En ese sentido, la pregunta a cuestionarse es la siguiente: ¿es realmente necesario iniciar un proceso penal para privar de libertad a una persona, en un delito de peculado en el cual no se ha logrado determinar un perjuicio, usando la figura de la tentativa? La respuesta, evidentemente, dependerá de la posición en la que se posicione el investigador.

Sin embargo, desde una posición de los derechos humanos y de rango constitucional debe ser que no, pues lo que se intenta evitar es la cárcel para un ser humano que lo puede anular completamente, y recuperar o resarcir gastos de orden administrativo que sí se lo puede hacer a través de materias no penales o de sanciones administrativas por procedimientos mal realizados (sean estos cobros a través de la vía coactiva) al utilizar el derecho administrativo sancionador (multas, suspensiones, destituciones) o el derecho civil con un posible proceso de daños y perjuicios; no les parece que esas soluciones darían mejores resultados al Estado.

En ese sentido, se optimizaría la mínima intervención penal, la Contraloría General del Estado tendría una labor mucho más determinante y operativa en la defensa y recuperación de los perjuicios al Estado. De esta manera se evitaría la cárcel de un ser humano y la sanción sería más eficiente y eficaz. En consecuencia, se abstendría de guardar a personas que cometieron tentativa de peculado en lugares hacinados sin rehabilitación de ningún tipo y sin recuperación de nada para el Estado.

Bajo ese orden de ideas, pese a que este caso fue realizado en el año 2017, este cuenta con una sentencia ejecutoriada, la cual no se ha recuperado nada de lo condenado, demostrando la ineficiencia del proceso penal en esta causa.

Bajo todas las consideraciones expuestas, la propuesta de solución consiste en que mediante reformas legales se posible facultar a Contraloría a la emisión obligatoria de medidas cautelares como retención de cuentas y prohibición de enajenar bienes como parte de la facultad coactiva, simplificar procedimientos

para embargar. Así pues, teniendo en cuenta que lo que se busca es la recuperación de activos que fueron usados por el Estado en procedimientos de tentativa de peculado, aplicando correctamente la mínima intervención penal, evitando un largo proceso penal, dejando que los recursos que tiene Fiscalía y la Función Judicial puedan ser dirigidos a causas que realmente lo necesitan inclusive casos de peculado con perjuicios reales.

No obstante, el asunto siempre va de la mano de la voluntad del legislador en realizar las reformas necesarias y la aplicación del principio de debida diligencia de los funcionarios encargados de realizar los procedimientos tendientes a recuperar los valores. Efectivamente, si se hace en análisis más profundo esta aplicación podría realizarse en todos los casos en los que se configure una presunta tentativa de peculado, evidentemente de acuerdo con el parámetro fáctico y la carga probatoria que se tenga.

Conclusiones

1. El delito de peculado adquirió una continua relevancia principalmente en países de América Latina por las más variadas e ingeniosas formas de cometerlo. Asimismo, los impactos que genera las noticias de este delito causaron conmoción social, mermando en el patrimonio del Estado. Es por aquello, que se trata de un grave problema de la administración pública.
2. Existe la necesidad de fortalecer el sistema legal ecuatoriano en todos sus ámbitos. Implementando capacitación a jueces, fiscales, y funcionarios públicos en general, buscando la promoción de la fidelidad del función pública, los objetivos que persigue, y la forma en que se debe combatir a la corrupción. Además de hacer que comprendan cómo funciona un proceso penal, cuáles son los principios fundamentales que rigen este derecho y cómo funciona la fragmentariedad y subsidiariedad del derecho penal como origen de la mínima intervención penal.
3. La mínima intervención penal es una institución del derecho penal, que implica que para la activación o uso del derecho penal se debe verificar que existen otras ramas del derecho más idóneas. En el caso de la tentativa de peculado, existen varias posiciones que establecen que este

delito soporta la figura de la tentativa incluso si no se produce el resultado es decir el perjuicio. Si bien es cierto una tentativa de peculado lesionaría el bien jurídico protegido que tutela el peculado. Sin embargo, a cambio de un proceso penal largo, existen otras vías que podrían resolver de mejor forma esa tentativa, como, multas, procesos administrativos sancionatorios, procesos coactivos que logren recuperar en menor tiempo lo erogado o abusado del erario estatal.

4. Es urgente analizar el delito de peculado desde la perspectiva de cada ordenamiento jurídico y realidad social de cada país. Asimismo, es importante analizarlo desde la criminología, a fin de entender las motivaciones que hacen que los funcionarios públicos no cumplan fielmente a su función. Lo anterior, con el fin de diseñar políticas, procedimientos de prevención reacción y sanción dentro del ámbito administrativo tendientes a que no se abuse de los recursos estatales. Finalmente, de encontrarse indicios de un posible o tentado peculado, se hace necesario activar esos mecanismos de orden administrativo a fin de corregir y recuperar sin el uso o activación del derecho penal, es decir que la rendición de cuentas sea constante y las veces que sean necesarias.
5. El combate de la corrupción no puede ser visto solo desde la perspectiva del derecho penal, dado que existen otros mecanismos que coadyuvan a ejercer un control sobre los recursos estatales que también logran identificar y de ser necesario detener o cobrar los recursos que fueron erogados sin esperar que sea el derecho penal el que resuelve todo y nada. Así pues, lo único que consigue son condenas privativas de libertad sin la recuperación de lo económico, es decir se pierde un ser humano y se lo pone en una situación de vulnerabilidad en una cárcel que no ofrece rehabilitación de ningún tipo, esperando cumplir la condena y con suerte salir vivo en libertad, sin haber pagada nada del perjuicio.

Bibliografía

- American Bar Association. (2017). *Model Rules of Professional Conduct. Center for Professional Responsibility*. <https://n9.cl/lzsw8>
- Bacigalupo, E. (2017). *Delitos contra la administración pública*. Abeledo Perrot.
- Bacigalupo, E. (2019). *Derecho penal: Parte especial*. Tirant lo Blanch.
- Báez, J. M., & Lozano, A. (2016). *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*. Tirant lo Blanch.
- Bustos, J. C. (2017). *Delitos contra la administración pública*. Editorial Temis.
- Cancio, J.A. (1994). *Corrupción Administrativa y Delincuencia Judicial*. Editorial ABC.
- Carrara, F. (2004). *Programa de Derecho Criminal Parte General*. Temis.
- Cobo del Rosal, M. (2004). *Lecciones de derecho penal: Parte Especial*. Tecnos.
- Cobo del Rosal, M., & Vives Antón, T. (1998). *Derecho penal: Parte especial*. Ariel Derecho.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2011). *Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*. <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>
- Corte Constitucional de Ecuador. CASO No. 2706-16-EP, 29 de septiembre de 2021.
- Corte Nacional de Justicia. (2017). *Temas Penales 3 (2ªed.)*.
- Corte Nacional de Justicia. (2017). *Temas Penales 3 (2ªed.)*. Corte Nacional de Justicia (Obra original publicada en 2016).
- Del Moral, J. (2019). El peculado como delito de corrupción: Una aproximación criminológica. *Revista de Criminología, Derecho y Sociedad*, 6(2), 63-77.
- Díez, J. L. (2005). *Derecho penal: Parte especial (7ª ed.)*. Tirant lo Blanch.
- Elbert, C. (1998). *Manual Básico de Criminología*. EUDEBA, Universidad de Buenos Aires,

- Encalada, P. (2014). *Teoría Constitucional del Delito*. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Gómez, E. (2017). *Corrupción y peculado en América Latina: Análisis comparado de casos recientes*. Revista Iberoamericana de Ciencias Penales.
- Gómez, J., & González, M. (2019). El delito de peculado en el derecho comparado. *Revista de Derecho, Universidad EAFIT*, 15(1).
- González, J. (2020). *Peculado*. Enciclopedia Jurídica Online: <https://enciclopediajuridica.online/peculado/>
- Greco, L. (2015). *Lo vivo y lo muerto en la teoría de la pena de Feuerbach. Una contribución al debate actual sobre los fundamentos del Derecho penal*. Marcial Pons.
- Hobbes T. (1651). *Leviatán*. Fondo de Cultura Económica.
- Hobbes, T. (1651). *Leviatán*. Fondo de Cultura Económica.
- Klitgaard, R., MacLean, L., & Olsen, J. (2017). *Corruption: A glossary of international standards in criminal law*. United Nations Office on Drugs and Crime.
- Lacruz, M. (1998). *Responsabilidad penal y administrativa de los cargos públicos*. Edisofer.
- Luzón, M. J. (2012). El patrimonio público en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Revista General de Derecho Administrativo*, (30), 1-22.
- Maggiore, G. (2000). *Derecho Penal, Vol. III Parte Especial*. Editorial Temis.
- Maillart, L. (2017). Peculatus: An example of ancient Roman anti-corruption. *Journal of Ancient History and Archaeology*, 4(1), 11-17..
- Mir Puig, S. (1990). *Derecho penal: Parte especial*. Reppertor.
- Mir Puig, S. (1996). *Derecho penal: Parte especial (2ª ed.)*. Reus
- Montero, J. (2018). El delito de peculado. En J. Montero Aroca (Coord.), *Lecciones de Derecho Penal* (págs. 733-749). Tirant lo Blanch.
- Muñoz, F. (2014). *Derecho penal: Parte especial*. Tirant lo Blanch.
- Muñoz, F. (2016). *Derecho Penal: Parte Especial*. Tirant lo Blanch.

- Muñoz, F., & García, M. (2003). *Derecho penal: Parte especial (5ª ed.)*. Tirant lo Blanch.
- Muñoz, F., & García, M. (2019). *Derecho Penal Parte General*. Tirant Lo Blanch.
- Pacheco, E. (2006). *Derecho penal ecuatoriano: Parte general*. Ediciones Libri Mundi.
- Pasquel, Z. (s.f.). *Procesal Penal y Criminología (Argentina)*. s/e.
- Prado, V. (2016). *Manual de derecho penal: Parte especial*. Grijley.
- Ramírez, L. (2019). El delito de peculado y su consumación. *Revista Iure*, 12(1), 67-82.
- Reale, G. (2004). Il delitto di peculato. En G. Fiandaca y G. Musco (Eds.), *Diritto penale: Parte speciale* (págs. 285-310). Zanichelli.
- Rodríguez, F. (2019). *Curso de Derecho Penal, Parte General, Tomo II, y Tomo III Teoría del Delito*. Cevallos. (Obra original publicada en 2019)
- Roxin, C. (1976). *Sentido y límites de la pena estatal, en Problemas básicos del Derecho penal*. s/e.
- Roxin, C. (2002). *Derecho penal: Parte general*. Civitas Ediciones.
- Roxin, C. (2014). *Derecho Penal: Parte Especial, Tomó II, 2ª ed*. Civitas.
- Santos, G. (2014). El delito de peculado en el Ecuador. *Revista de Derecho (Quito)*, 31(2), 181-196.
- Silva, J. (2001). *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Editorial Civitas.
- Silva, J. M. (2014). *Delitos contra la administración pública*. Porrúa.
- Sullivan, R., & Tifft, L. (2018). *The SAGE Handbook of White-Collar and Corporate Crime in Europe*. Sage Publications Ltd.
- Szyrman, J. (2018). El peculado: análisis dogmático del delito y sus elementos. *Revista Derecho del Estado*, (41), 197-226.
- Transparency International. (2019). *Global Corruption Report: Climate Change*. Cambridge University Press.
- Von Liszt, F. (1999). *Tratado de Derecho penal, Tomo II, 4a edición*. Reus.

- Zaffaroni, E. R. (2005). *Manual de Derecho Penal: Parte Especial*. Ediar.
- Zaffaroni, E. R. (2010). *Tratado de derecho penal: Parte general (Vol. 1)*. Ediar.
- Zaffaroni, E. R. (2015). *Manual de derecho penal: Parte general*. Ediar.
- Zaffaroni, E. R., & Pierangeli, J. H. (2009). *Manual de derecho penal: parte general*. Ediar.
- Zaffaroni, E., Ferrajoli, L., Torres, S., Basilio, R. (2013). *La emergencia del miedo*. Editorial Ediar.