



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

El delito de peculado a la luz del caso DHRUV

Eduardo Roberto Esparza Paula

Quito, agosto de 2024

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN	3
II.	DESARROLLO	5
1.	RESUMEN DEL CASO DHRUV DESDE LA PERSPECTIVA DEL COMITÉ DE CONTRATACIONES DE LA FAE.....	5
1.1.	Antecedentes del proceso judicial del caso DHRUV	5
1.2.	Marco legal que rigió el procedimiento de contratación	9
1.3.	Rol del Comité de contrataciones de la FAE en el procedimiento de contratación	13
2.	EL PECULADO EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE EN EL 2008.....	22
2.1.	Bien jurídico protegido.....	25
2.2.	Sujetos de la conducta típica	29
2.3.	Tipicidad objetiva.....	32
2.4.	Tipicidad subjetiva	33
2.4.1.	Tipo de dolo	35
2.5.	El peculado culposo en el derecho penal colombiano.....	41
3.	EL PECULADO ACUSADO AL COMITÉ DE CONTRATACIONES DE LA FAE	44
3.1.	Conductas acusadas por la Fiscalía General del Estado	46
3.2.	Respecto de la obligatoriedad de probar el designio de causar daño del procesado	48
3.3.	Respecto de la obligatoriedad de probar el daño ocasionado	53
III.	CONCLUSIONES	60
IV.	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	62

I. INTRODUCCIÓN

El 18 de diciembre de 2020, la Fiscalía General del Estado (en adelante, FGE) pidió a la Corte Nacional de Justicia (en adelante, CNJ) la reapertura de la IP No. 147 – 2009, relacionada a la denuncia por la compra de los helicópteros DHRUV (Esa denuncia había sido desestimada en el año 2016).

Para la reapertura, la Fiscalía General del Estado argumentó que existían nuevos elementos. Estos consistían en dos informes periciales elaborados en el Juicio de Ejecución No. 17811-2016-01340, sustanciado en el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito, y el Informe final de mayoría de la Comisión Especializada Ocasional Multipartidista de la Asamblea Nacional del Ecuador para el análisis de la documentación relacionada con la muerte del general Jorge Gabela Bueno.

Reabierto el caso, la FGE formuló cargos en contra de dieciocho personas (dieciséis personas en el grado de autor y dos como cómplices) que habrían participado en la fase previa, precontractual, contractual y de ejecución del contrato para la adquisición de helicópteros para la Fuerza Aérea Ecuatoriana (en adelante, FAE). FGE los acusó de haber incurrido en el presunto delito de peculado, tipificado en el artículo 257 del Código Penal, “vigente a la fecha de los hechos” (Corte Nacional de Justicia, Extracto de audiencia de 19 de junio de 2023).

En el caso de los miembros del Comité de contrataciones de la FAE (en adelante, Comité de contrataciones) la FGE los acusó de haber adjudicado el contrato sin mayor análisis, control, verificación ni observación alguna frente al informe presentado por la Comisión técnica, económica y legal de análisis y procesamiento de las ofertas, que determinaba

que la oferta presentada por la empresa HINDUSTAN AERONAUTICS LIMITED HAL (helicópteros DHRUV) era la única que cumplía con las especificaciones técnicas.

Concluida la instrucción fiscal, en la audiencia preparatoria de juicio, el Juez nacional a cargo de la sustanciación del proceso dictó auto de sobreseimiento a favor de los dieciocho procesados, al concluir que los hechos acusados no constituyen delito.

Al respecto, el Juez nacional observó que el verbo rector del delito de peculado, tipificado en el artículo 257 del Código Penal (vigente en el 2008) es “abusar”, lo cual *“implica una conducta dolosa, pues no es posible abusar por violación al deber objetivo de cuidado (culpa)”* (Corte Nacional de Justicia, Extracto de audiencia de 19 de junio de 2023). En ese sentido, al no encontrar una conducta dolosa, se sobreseyó a los procesados.

Frente a lo resuelto por el Juez nacional en el denominado caso DRHUV surge como problema de investigación jurídica el siguiente: ¿en Ecuador, se sanciona penalmente el delito de peculado culposo?

Para responder esta pregunta, en este trabajo se analiza el delito de peculado tipificado en el artículo 257 del Código Penal del Ecuador (vigente en el 2008), a fin de determinar si esta infracción es dolosa o culposa, considerando todos los elementos del tipo penal. Lo anterior mientras se analiza el caso DHRUV desde la perspectiva del Comité de contrataciones de la FAE.

II. DESARROLLO

1. RESUMEN DEL CASO DHRUV DESDE LA PERSPECTIVA DEL COMITÉ DE CONTRATACIONES DE LA FAE

En este capítulo se presenta brevemente los antecedentes del proceso judicial y del procedimiento de contratación pública para la adquisición de siete helicópteros para el Ala de combate 22 de la Fuerza Aérea Ecuatoriana (en adelante, FAE). Lo anterior a fin de presentar el problema jurídico que justifica este ensayo académico.

1.1. Antecedentes del proceso judicial del caso DHRUV

El 23 de diciembre de 2009, la Fiscalía General del Estado (en adelante, FGE) inició una indagación previa para investigar el presunto cometimiento del delito de peculado, en el proceso de adquisición de siete helicópteros para el Ala de combate 22 de la Fuerza Aérea Ecuatoriana (IP No. 147 – 2009 “Caso DRHUV”).

La indagación permaneció abierta por casi siete años, desde el 23 de diciembre de 2009 hasta el 2 de septiembre de 2016. Así, el Juez Nacional de Garantías Penales ordenó su archivo al existir *“un obstáculo legal insubsanable que impide el ejercicio de la acción penal pública – informe de Contraloría General del Estado sin indicios de responsabilidad penal”* (Corte Nacional de Justicia, 2016, Juicio No. 17721-2016-0555, resolución de 2 de septiembre de 2016).

Años después, el 2 de julio de 2019, la Corte Constitucional del Ecuador emitió la sentencia No. 5-13-IN/19, que declaró la inconstitucionalidad *“de la Resolución de 24 de febrero de 2010 de la Corte Nacional de Justicia publicada en el Registro Oficial No.*

154 de 19 de marzo de 2010 y del artículo 581 (3), inciso final del Código Integral Penal” (Corte Constitucional del Ecuador, 2019, p. 12) que exigían como presupuesto de procedibilidad para la acción penal por el delito de peculado, la existencia de un informe previo sobre indicios de responsabilidad penal, emitido por la Contraloría General de Estado). Adicionalmente, el mencionado órgano de control constitucional estableció reglas para la reapertura¹ de las indagaciones previas que fueron desestimadas o archivadas por no contar con el informe que contenga indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado.

Posteriormente, el 16 de diciembre de 2020, la FGE solicitó a los Jueces de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, que señalen día y hora para que, en audiencia y en calidad de titular de la acción penal, fundamente su pedido de reapertura de la IP No. 147-2009.

Al respecto, el 21 de diciembre de 2020, en el juicio No. 17721-2016-0555, se convocó a audiencia pública con el fin de escuchar a las partes procesales respecto de la solicitud hecha por Fiscalía. Para el efecto, se señaló como fecha el 23 de diciembre de 2020; y, se dispuso que se notifique a las partes en sus casilleros judiciales designados², a fin de garantizar el derecho a la defensa³ y al debido proceso.

¹ La Corte Constitucional estableció en el numeral 2, literal c) de la sentencia No. 5-13-IN/19, la obligación de realizar una audiencia ante el Juez de Garantías Penales, para que este resuelva sobre la reapertura de la investigación.

² Se observa en el expediente del juicio No. 17721-2016-0555, la razón de notificación de la providencia de 21 de diciembre de 2020, en la que se indica: “[n]o se notifica a [...] GENERALES, OFICIALES SUPERIORES Y SUBALTERNOS DE LA FUERZA AEREA ECUATORIANA por no haber señalado casilla”. Al respecto, la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, en el caso Llor vs Panamá ha señalado que la notificación es una garantía fundamental de acceso a la justicia, que permite el ejercicio efectivo del derecho de defensa (Corte Interamericana sobre Derechos Humanos, 2010).

³ La Corte Constitucional del Ecuador, en la sentencia 261-14-EP/20 ha señalado: “[E]l derecho a la defensa debe ser garantizado en todas las etapas del proceso, sin que pueda obstaculizarse ni negarse su ejercicio en ningún momento procesal, pues ello conllevaría a generar un estado de indefensión.” (Corte Constitucional del Ecuador, 2020, p. 5)

En la fecha señalada se realizó la audiencia⁴, en la que FGE fundó su solicitud con base en los siguientes elementos:

1. *“INFORME PERICIAL DEL EC. SANTIAGO CAVIEDES: IMPACTO ECONÓMICO POR INCUMPLIMIENTOS Y RETRASOS DEL CONTRATO 2008-D-006, a fjs. 12370 a 12378, incorporado en IP No. 083-2018”* (Corte Nacional de Justicia, 2016, Juicio No. 17721-2016-0555, expediente de la *Instrucción Fiscal No. 147-2009*, Cuerpo 12, foja 1077)⁵ (el énfasis me corresponde)
2. *“INFORME PERICIAL TÉCNICO ELABORADO POR EL LIC. EDUARDO VALENCIA (piloto) (constante a fjs. 12341 a 12368 e incorporado en IP No. 083-2018)”* (Corte Nacional de Justicia, 2016, Juicio No. 17721-2016-0555, expediente de la *Instrucción Fiscal No. 147-2009*, Cuerpo 12, fojas 1077 a 1078)⁶
3. *“INFORME FINAL DE LA COMISIÓN MULTIPARTIDISTA DE LA ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR, PARA EL ANÁLISIS DE LA DOCUMENTACIÓN RELACIONADA CON LA MUERTE DEL GENERAL GABELA BUENO,*

⁴ La audiencia de reapertura se llevó a cabo sin la presencia de todos los investigados. En el expediente se observa que se designó un defensor público, sin embargo, no hay constancia de que este haya tomado contacto con los investigados.

⁵ Copia del informe pericial “INFORME SOBRE EL IMPACTO ECONÓMICO CAUSADO POR INCUMPLIMIENTOS Y RETRASOS DEL CONTRATO 2008-D-006”, consta de la foja 1085 a 1093 de la Instrucción Fiscal No. 147-2009. Se observa que la pericia versa sobre incumplimientos contractuales; y, que esta fue dispuesta en el 2016, en el proceso contencioso administrativo No. 17811-2016-01340, propuesto por Hindustan Aeronautics Limited (HAL) en contra del Ministerio de Defensa Nacional.

⁶ Copia del informe pericial técnico “Caso No. 17811-2016-01340” consta de la foja 1094 a 1121 de la Instrucción Fiscal No. 147-2009. Se observa que la pericia versa sobre los helicópteros entregados; y, que esta fue dispuesta en el 2016, en el proceso contencioso administrativo No. 17811-2016-01340, propuesto por Hindustan Aeronautics Limited (HAL) en contra del Ministerio de Defensa Nacional.

(*constante a fjs. 8847 a 8878 incorporado en IP No. 083-2018*)” (Corte Nacional de Justicia, 2016, Juicio No. 17721-2016-0555, expediente de la *Instrucción Fiscal No. 147-2009*, Cuerpo 12, foja 1079)⁷

Al final, el 23 de diciembre de 2020, el Juez Nacional de Garantías Penales aceptó el pedido de FGE, respecto a “*reabrir la investigación previa número 147-2009 por un presunto delito de peculado*” (Corte Nacional de Justicia, 2016, Juicio No. 17721-2016-0555, resolución de 23 de diciembre de 2020).

Meses más tarde, el 6 de octubre de 2021, la FGE imputó cargos por el delito de peculado, tipificado en el artículo 257, inciso primero del Código Penal del Ecuador (vigente en 2008) contra quince personas, entre ellas los miembros del Comité de contrataciones de la Fuerza Aérea Ecuatoriana.⁸ La FGE acusó a los miembros del Comité de contrataciones de la FAE de lo siguiente (Corte Nacional de Justicia, 2016, Juicio No. 17721-2016-0555, Extracto de la audiencia de 6 de octubre de 2023, página sin numeración 7):

*Frente [al informe de la Comisión Técnica, Legal y Económica que analizó las ofertas] el 23 de junio de 2008 **sin mayor análisis, control, verificación ni observación alguna y sin haber tomado en cuenta ya las observaciones de los procesos anteriores que se declararon fallidos**, el Comité de la Fuerza Aérea Ecuatoriana, integrado por: [...], adjudican el contrato a favor de esta compañía HAL, concluyéndose con este acto la etapa precontractual y dando inicio a la fase contractual de este proceso. (el énfasis me corresponde)*

⁷ Copia del Informe de la “Comisión Ocasional Multipartidista creada para recopilar y analizar la documentación relacionada con la muerte del Gral. Jorge Fernando Gabela Bueno, Ex Comandante General de la Fuerza Aérea Ecuatoriana” consta de la foja 1126 a 1153 de la Instrucción Fiscal No. 147-2009. Se observa que el Informe final de la comisión multipartidista de la Asamblea Nacional tenía como objetivo analizar documentación relacionada con la muerte del General Gabela.

⁸ Posteriormente, en audiencia de 12 de enero de 2022, se vinculó al proceso penal a tres personas más.

Al respecto, el 19 de junio de 2023, en la audiencia preparatoria de juicio, el Juez Nacional dictó auto de sobreseimiento para todos los procesados. El Juez Nacional observó que el verbo rector del delito de peculado es “abusar”, lo cual “*implica una conducta dolosa, pues no es posible abusar por violación al deber objetivo de cuidado (culpa)*” (Corte Nacional de Justicia, Extracto de audiencia de 19 de junio de 2023).

Con este antecedente, a efectos de este ensayo se plantean como problema jurídico: ¿en Ecuador, se sanciona penalmente el delito de peculado culposo? Como subproblemas jurídicos se tienen los siguientes: ¿qué tipo de peculado se encontraba tipificado en el artículo 257 del Código Penal del Ecuador? ¿el delito de peculado culposo se encontraba tipificado en la legislación ecuatoriana? ¿qué bien jurídico se viola al incurrir en la conducta tipificada en el artículo 257 del Código Penal del Ecuador? Lo anterior en relación con la acusación realizada por la FGE en el caso “DHRUV”.

1.2. Marco legal que rigió el procedimiento de contratación

Frente al problema jurídico planteado para este ensayo académico es necesario establecer el marco legal que rigió el procedimiento de contratación para la adquisición de siete helicópteros para el ala de Combate 22 de la FAE. Al respecto, es preciso realizar algunas puntualizaciones.

En primer lugar, durante el procedimiento de contratación se encontraba vigente la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998.⁹ Por otro lado, las entidades públicas se sujetaban a las disposiciones de la Ley de Contratación Pública (en adelante,

⁹ La Constitución Política del Ecuador de 1998 fue publicada en la Registro Oficial 1 de 11 de agosto de 1998. Fue derogada el 20 de octubre de 2008, por la disposición derogatoria de la Constitución de la República del Ecuador (Publicada en el Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008).

LCP) con excepción de aquellas instituciones públicas en las que una norma especial así lo disponía.¹⁰ La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante, LOSNCP) no había sido promulgada (ni siquiera había sido elaborada)¹¹.

En segundo lugar, se debe resaltar que en ese tiempo existía un órgano colegiado denominado Honorable Junta de Defensa Nacional (en adelante, HJDN)¹² que tenía como función principal contratar la ejecución de obras, la prestación de servicios y la adquisición de bienes necesarios para la defensa nacional.

La HJDN contaba con una norma especial de contratación titulada “Reglamento para contrataciones con la Honorable Junta de Defensa Nacional”. Es importante recalcar que las contrataciones que realizaba la HJDN no se regían por la Ley de Contratación Pública, conforme lo dispuesto en el artículo 2 de esa misma ley, sino por el Reglamento antes señalado.

¹⁰ Ver. Codificación de la Ley de Contratación Pública. Artículo 2. Publicada en el Registro Oficial No. 272 de 22 de febrero del 2001. Derogada expresamente por la Disposición Derogatoria Primera de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

¹¹ La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública fue publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto del 2008. Previamente fue expedida por el Pleno de la Asamblea Constituyente, el 22 de julio de 2008.

¹² La creación de ese órgano se remonta a los años 50. Así, mediante Decreto Legislativo sin número de 6 de noviembre de 1949, publicado en el Registro Oficial 399 de 28 de diciembre del mismo año se creó la Junta Administradora del Presupuesto Reservado para la Defensa Nacional.

Posteriormente, mediante Decreto Ley No. 11, publicado en el Registro Oficial No. 227 de 30 de mayo de 1953 se concedió personería jurídica a la HJDN, con amplia capacidad para adquirir toda clase de derechos y contraer toda clase de obligaciones, en cualquier forma. Años después, mediante Decreto No. 7 de 27 de marzo de 1962, publicado en el Registro Oficial No. 945 de 30 de marzo de 1962, se declaró a la HJDN como entidad autónoma.

Mediante Decreto Ejecutivo No. 1484 de 15 de diciembre del 2008, se dispuso la extinción de la Honorable Junta de Defensa Nacional a partir del 1 de enero del 2009.

(Honorable Junta de Defensa Nacional. Reglamento para contrataciones con la Honorable Junta de Defensa Nacional. Considerandos. Última reforma de septiembre de 2004. En el Expediente de la Instrucción Fiscal No. 147-2009, cuerpo 141, fojas 17389 a 17407)

Una vez delimitado el marco legal, a continuación, me referiré al procedimiento de contratación.

Como consta en el expediente del caso, en la sesión de 20 de marzo de 2008, Resolución 011-PLEN-2008, el Plenario de la Honorable Junta de Defensa Nacional resolvió declarar emergente la adquisición de siete helicópteros para el ala de Combate 22 de la FAE; y, autorizar al Director Ejecutivo de la HJDN para que establezca el instructivo y procedimientos a realizarse (Corte Nacional de Justicia, 2016, Juicio No. 17721-2016-0555, expediente de la *Instrucción Fiscal No. 147-2009*, Cuerpo 105, fojas 12502 a 12520).¹³

*Declarar **Emergente** dicha adquisición y autorizar al señor Director Ejecutivo, a fin de que en aplicación a lo previsto en el **art. 15 del Reglamento para contrataciones con este Honorable Organismo**, establezca el instructivo y procedimientos a seguirse para la referida adquisición, para lo cual se determinarán las debidas coordinaciones con la Fuerza Aérea Ecuatoriana, sin perjuicio de que en dicho procedimiento se cumpla con lo establecido en el artículo 3 del Reglamento para Contrataciones con la Honorable Junta de Defensa Nacional. (el énfasis me corresponde)*

Con esta resolución, la HJDN se hizo cargo del procedimiento de contratación para la adquisición de los siete helicópteros para el ala de combate 22 de la FAE. Para este fin, dicho órgano colegiado se rigió por el Reglamento para Contrataciones con la Honorable Junta de Defensa Nacional.

Es importante resaltar que el Plenario de la HJDN escogió el procedimiento especial establecido en el artículo 15 del Reglamento para contrataciones con la HJDN. Por lo que,

¹³ Ver el Acta de la sesión de Plenario de la Honorable Junta de Defensa Nacional, realizada el jueves 20 de marzo de 2008.

conforme dicho artículo, autorizó a su Director Ejecutivo para que establezca el instructivo y procedimientos a seguirse para la referida adquisición.

A continuación, se presenta el artículo 15 del Reglamento para contrataciones con la HJDN (Corte Nacional de Justicia, 2016, Juicio No. 17721-2016-0555, expediente de la *Instrucción Fiscal No. 147-2009*, Cuerpo 105, fojas 12502 a 12520).

ART. 15.- CONTRATACIÓN EN CASOS DE EMERGENCIA.-

Para las contrataciones que se requieran en caso de declaratoria del estado de emergencia, fuerza mayor o caso fortuito, así como las adquisiciones emergentes, el Plenario de la Honorable Junta de Defensa Nacional adoptará las resoluciones que juzgue oportunas para la celebración de los correspondientes contratos, sin atenerse necesariamente a este Reglamento.

El Director Ejecutivo de la Honorable Junta remitirá al Comando Conjunto y Comandos Generales de Fuerza, los instructivos de procedimientos a seguirse.

De lo anterior, se concluye que el marco legal de la contratación fue el Reglamento para contrataciones con la HJDN; en específico, el procedimiento especial establecido en el artículo 15 de dicho reglamento y los instructivos emitidos por el Director Ejecutivo de la HJDN.¹⁴ En el mismo sentido se pronunció el profesor Álvaro Mejía PhD, en su informe pericial (Corte Nacional de Justicia, 2016, Juicio No. 17721-2016-0555,

¹⁴ De la investigación realizada para este ensayo académico, se observa que la HJDN no era la única entidad que en ese tiempo se regía por procedimientos especiales de contratación. Así, TAME y PETROECUADOR, por mencionar algunas entidades, se regían por sus propios reglamentos de contratación. Ver. Ley constitutiva de la empresa estatal de aviación transportes aéreos militares ecuatorianos (TAME). Art. 2. Publicada en el Registro Oficial 506 de 23 de agosto de 1990. Derogada; Ley Especial de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PETROECUADOR) y sus empresas filiales. Art. 10. Publicada en el Registro Oficial 144 del 18 de agosto de 2000. Derogada.

expediente de la *Instrucción Fiscal No. 147-2009*, Cuerpo 135, fojas 16517 a 16550) y su ampliación (Corte Nacional de Justicia, 2016, Juicio No. 17721-2016-0555, expediente de la *Instrucción Fiscal No. 147-2009*, Cuerpo 144, fojas 17619 a 17626).

Por otro lado, se advierte que la máxima autoridad del proceso de contratación fue el Plenario de la Honorable Junta de Defensa Nacional. El procedimiento de contratación fue tramitado por la Honorable Junta de Defensa Nacional que, a través de resoluciones e instructivos emitidos por su Director Ejecutivo, lo dirigió, controló y supervisó.

En cambio, se constata que el Comité de contrataciones de la FAE no dirigió el procedimiento de contratación pública para la adquisición de 7 de helicópteros para la FAE, entonces ¿cuál fue su participación en el proceso de contratación?

En el siguiente acápite se analiza el rol de ese órgano de la FAE.

1.3. Rol del Comité de contrataciones de la FAE en el procedimiento de contratación

Como se observó en el acápite anterior, el procedimiento de contratación inició con la declaración de este como emergente por parte de la HJDN; y, la autorización al Director Ejecutivo de la HJDN, para que emita los instructivos con el procedimiento a seguirse para la contratación (Corte Nacional de Justicia, 2016, Juicio No. 17721-2016-0555, expediente de la *Instrucción Fiscal No. 147-2009*, Cuerpo 2, foja 130)¹⁵.

¹⁵ Ver. Oficio No. 2008-0001020-HJDN-SG de 24 de marzo de 2008, suscrito por el Director Ejecutivo de la HJDN.

Al respecto, el Director Ejecutivo de la HJDN emitió el “Instructivo de procedimiento para la adquisición emergente de siete helicópteros para la Fuerza Aérea Ecuatoriana”. En dicho instructivo, en los numerales 3 y 4, se establecieron dos funciones específicas para el Comité de Contrataciones de la FAE (Corte Nacional de Justicia, 2016, Juicio No. 17721-2016-0555, expediente de la *Instrucción Fiscal No. 147-2009*, Cuerpo 2, foja 134).

3. Una vez aprobados los documentos precontractuales, incluidos el proyecto de contrato y las especificaciones técnicas, estos documentos se remitirán al Comité de Contrataciones de la Fuerza Aérea para que proceda a invitar el lunes 7 de abril de 2008, a todos los proveedores de helicópteros constantes en el listado de proveedores referido en el párrafo primero de este Instructivo, concediéndoles 30 días calendario para que presenten sus ofertas, esto es, hasta el miércoles 7 de mayo de 2008 a las 16h00;
4. El miércoles 7 de mayo de 2008 a las 16h00, el Plenario de la Honorable Junta de Defensa Nacional se constituirá en sesión permanente para la adjudicación, iniciando por la verificación del acto de apertura de los sobres de la o las ofertas presentadas, actividad que estará bajo responsabilidad del Comité de Contrataciones de la Fuerza Aérea Ecuatoriana;

Este instructivo fue remitido al Presidente del Comité de contrataciones de la FAE, mediante oficio 2008-001172-HJDN-DJ de 7 de abril de 2008. Se observa que, en el oficio antes citado, se dispone al Comité de contrataciones de la FAE que cumpla “estrictamente” lo establecido en los numerales 3 y 4 (Corte Nacional de Justicia, 2016, Juicio No. 17721-2016-0555, expediente de la *Instrucción Fiscal No. 147-2009*, Cuerpo 7, foja 625).

En cumplimiento a la resolución adoptada por el Plenario, la Dirección Ejecutiva de esta Honorable Entidad emitió el Instructivo referido, cuya copia certificada anexo, a fin de que el Comité de Contrataciones de la Fuerza Aérea se digne cumplir estrictamente lo establecido en los numerales 3 y 4 de dicho Instructivo, para lo cual también adjunto copia certificada de los siguientes documentos:

De lo anterior, se constata que el Comité de contrataciones de la FAE tenía únicamente dos funciones: 1) enviar las invitaciones a todos los proveedores de helicópteros; y, 2) realizar el acto de apertura de sobres, en sesión del Pleno de la HJDN.

Posteriormente, en la sesión extraordinaria de 13 de junio de 2008, se verifica que el Plenario de la HJDN tomó dos resoluciones importantes para este proceso:

1. **Autorizar al Director Ejecutivo de la HJDN** para que **designe a la Comisión Técnica, Económica y Legal que analizará y procesará las ofertas** (Resolución 2008-PLEN-032) (Corte Nacional de Justicia, 2016, Juicio No. 17721-2016-0555, expediente de la *Instrucción Fiscal No. 147-2009*, Cuerpo 42, foja 4195); y,
2. **Delegar al Comité de contrataciones** para que **a nombre y representación** del Plenario de la HJDN realice la adjudicación del contrato (Resolución 2008-PLEN-030) (Corte Nacional de Justicia, 2016, Juicio No. 17721-2016-0555, expediente de la *Instrucción Fiscal No. 147-2009*, Cuerpo 42, foja 4191).

Sobre lo resuelto por el Plenario de la HJDN, se resalta la conformación de una Comisión Técnica, Económica y Legal (en adelante, CTEL) encargada de analizar y procesar las ofertas. Es importante indicar que los miembros de la CTEL fueron designados por el Director Ejecutivo de la HJDN (Ver. Resolución 2008-PLEN-032. Corte Nacional de Justicia, 2016, Juicio No. 17721-2016-0555, expediente de la *Instrucción Fiscal No. 147-2009*, Cuerpo 42, foja 4195).

2008-PLEN-032

A PEDIDO DEL SEÑOR DIRECTOR EJECUTIVO, EL PLENARIO DE LA HONORABLE JUNTA DE DEFENSA NACIONAL RESUELVE AUTORIZARLE A FIN DE QUE EL LUNES 16 DE JUNIO DE 2008, DESIGNE LA COMISIÓN TÉCNICA, FINANCIERA Y LEGAL QUE ANALIZARÁ Y PROCESARÁ LAS OFERTAS PRESENTADAS PARA LA ADQUISICIÓN DE SIETE HELICÓPTEROS PARA LA FUERZA AÉREA ECUATORIANA, PARA ESTE EFECTO EL DIRECTOR EJECUTIVO PROCEDERÁ A REFORMAR EL INSTRUCTIVO EXPEDIDO.

Entonces, al finalizar el acto de apertura de sobres, el Comité de Contrataciones entregó las ofertas al Director Ejecutivo de la HJDN, para que sean remitidas a la CTEL. Esto se verifica en el Acta No. 29 del Comité de Contrataciones, de 13 de junio de 2008 (Corte Nacional de Justicia, 2016, Juicio No. 17721-2016-0555, expediente de la *Instrucción Fiscal No. 147-2009*, Cuerpo 21, foja 2026).

RESOLUCIÓN:

Una vez que por Secretaría, se han conocido los aspectos más importantes de la oferta presentada en este Concurso, el señor Presidente del Comité de Contrataciones de la FAE, de acuerdo a lo establecido en el Instructivo para este proceso, procede a entregar la oferta al señor Director Ejecutivo de la H. Junta de Defensa Nacional, el mismo que nombrará una comisión técnica, legal y económica, que analice las ofertas presentadas por las Cías. **HINDUSTAN AERONAUTICS LIMITED - HAL, ELBITSYSTEMS, EUROCOPTER y KAZAN**, en el Concurso convocado para la adquisición de siete helicópteros nuevos de mediana capacidad destinados a la Fuerza Aérea Ecuatoriana.

Posteriormente, el 16 de junio de 2008, el Director Ejecutivo de la HJDN reformó su Instructivo a fin de que sea el Comité de contrataciones de la FAE el encargado de adjudicar el contrato, en lugar del plenario de la HJDN.

Con la reforma, los numerales 5 y 6 del Instructivo de procedimiento para la adquisición emergente de siete helicópteros para la Fuerza Aérea Ecuatoriana, quedaron de la siguiente manera (Corte Nacional de Justicia, 2016, Juicio No. 17721-2016-0555, expediente de la *Instrucción Fiscal No. 147-2009*, Cuerpo 61, fojas 6517 y 6518):

*5. La Dirección Ejecutiva de la Honorable Junta de Defensa Nacional, el lunes 16 de junio de 2008 designará la Comisión Técnica, Económica y Legal, cuyos miembros serán distintos a los designados conforme el numeral 2 de este Instructivo, quienes tendrán la **responsabilidad de presentar y exponer** el lunes 23 de junio de 2008 a las 15h00, ante el Comité de Contrataciones de la Fuerza Aérea Ecuatoriana, **el informe respectivo que contenga las observaciones que permitan a este Cuerpo Colegiado, disponer de la información necesaria para la adjudicación.***

*6. El Comité de Contrataciones de la Fuerza Aérea Ecuatoriana, el lunes 23 de julio de 2008 a las 15h00, se instalará en sesión permanente, **recibirá a los Miembros de la Comisión Técnica, Económica y Legal, quienes expondrán su informe, luego de lo cual cada uno de los miembros del Comité emitirá su voto respecto de la adjudicación.***

De la cita anterior, se observa que el informe de la CTEL era el único insumo que tenía el Comité de Contrataciones de la FAE para adjudicar el contrato. Sobre este punto, el perito Marcelo Guzmán, en la versión rendida el 28 de diciembre de 2021, estableció que el informe de la CTEL (Comisión Técnica, Económica y Legal de análisis y procesamiento de las ofertas) era vinculante (Corte Nacional de Justicia, 2016, Juicio No. 17721-2016-0555, expediente de la *Instrucción Fiscal No. 147-2009*, Cuerpo 125, foja 14924):

realiza las siguientes preguntas.- **1P.- Amplíe el compareciente si el informe de la Comisión Técnica que analizó las ofertas es vinculante para la contratación?.- R.-** La Comisión técnica que revisó el informe llamado "análisis de la comisión técnica operativo económica y legal de las ofertas presentadas para la adquisición de siete helicópteros de mediana capacidad para el ala de combate No. 22" en este análisis presenta en resumen el contenido de las ofertas presentadas por las empresas interesadas en la venta de los helicópteros, este análisis contempla los aspectos económico, legal y técnico y operativo de las ofertas presentadas, dentro de este análisis en el aspecto económico definieron sobre la información presentada que: Kazan helicopter y eurocopter no cumple en el aspecto económico de los documentos precontractuales y HAL Y ELBIT si cumple con el aspecto económico, dentro del aspecto legal señalaron que las compañías KAZAN, EUROCOPTER Y ELBIT no cumplen con el aspecto legal y que la compañía HAL si cumple con el aspecto legal establecido en los documentos precontractuales, en el aspecto técnico operativo únicamente la

compañía HAL cumplió con el aspecto técnico operativo establecido en los documentos precontractuales, este resumen al que llegó la comisión técnica se lo realizó sobre la base de elaboración de matrices que definieron el cumplimiento o no de los oferentes respecto de los documentos precontractuales, por lo que su contenido es el resultado del análisis de toda la documentación presentada por los oferentes y en consecuencia contiene el respaldo de las conclusiones que llegó la comisión, este documentos, este análisis presentado por la comisión sirvió de base para que mediante acta No.33 del 23 de junio de 2018 el comité de contrataciones de la FAE resuelva adjudicar el contrato a favor de la compañía Hindistan Aeronautics limited ya que dentro de sus consideraciones toman en cuenta los señalado por la comisión técnico operativa, económica y legal en el análisis presentado, es decir el comité de contrataciones adjudicó el contrato sobre la base del análisis presentado por la comisión técnica operativa.- El informe fue vinculante porque fue la herramienta que contó el comité de contrataciones para adjudicar el contrato.- 2P.- El sostén legal para determinar que es vinculante para la contratación.- R.- La base legal con la que se determina que el informe presentado por la comisión que analizó las ofertas fue vinculante para que se adjudique el contrato se encuentra contenido en el numeral 5 del instructivo de procedimiento para la adquisición emergente de siete helicópteros para la FAE.- 3P.-

De lo establecido por el perito Guzmán, se hace indispensable analizar cuál era la responsabilidad de la Comisión Técnica, Económica y Legal de análisis y procesamiento de las ofertas (en adelante, CTEL) y cuál la del Comité de Contrataciones de la FAE.

Al respecto, como se verifica en el numeral 5 del Instructivo reformado, en concordancia con la Resolución 2008-PLN-032, a la CTEL le correspondía analizar y procesar las ofertas. Además, la CTEL debía presentar un informe que contenga las observaciones que

permitan al Comité de contrataciones de la FAE contar con la información necesaria para la adjudicación.

Entonces, se observa que las tareas de la CTEL eran cuantitativas y cualitativas. Sobre esto último, conforme las hojas de vida que constan en el expediente, se constata que la CTEL estuvo conformada con expertos en todos los ámbitos de la operación y mantenimiento de helicópteros.

Por lo tanto, se concluye que correspondía a la CTEL verificar el cumplimiento de las especificaciones técnicas solicitadas en los documentos precontractuales, contrastando los requerimientos con los documentos entregados por las empresas oferentes. Esta actividad cualitativa fue realizada por la CTEL y plasmada en su informe.

Así, se observa que en el Informe de la Comisión Técnica, Económica y Legal de análisis y procesamiento de las ofertas (CTEL) se analizan todas las ofertas, con cuadros comparativos y observaciones a estas. Asimismo, en el informe se reproduce las partes pertinentes de las ofertas que presentaron incumplimientos y se hace referencia a las páginas de Internet desde donde se obtuvo la información para justificar las conclusiones.

Por otro lado, en lo que respecta al Comité de contrataciones de la FAE, se observa que conforme el instructivo reformado, únicamente le correspondía adjudicar el contrato con base en el Informe presentado por la CTEL. El Comité no tenía otro insumo para su resolución ni se le otorgaron otras atribuciones.

Entonces, la labor del Comité de contrataciones consistía en recibir a la CTEL; atender la exposición de su informe; e, inmediatamente, votar sobre la adjudicación. Se constata lo anterior en el Acta No. 33 del Comité de contrataciones de la FAE, de 23 de junio de 2008 (Corte Nacional de Justicia, 2016, Juicio No. 17721-2016-0555, expediente de la *Instrucción Fiscal No. 147-2009*, Cuerpo 2, fojas 189 a 196).

Es importante resaltar que, en las hojas de vida que constan en el expediente se verifica que los miembros del Comité de contrataciones de la FAE no contaban con conocimientos ni experticia en materia de helicópteros¹⁶. En ese sentido, la actuación del Comité de contrataciones de la FAE estuvo limitado al Informe de la CTEL.

Es necesario recordar que la adjudicación le correspondía a la HJDN, que posteriormente delegó esa atribución al Comité de contrataciones de la FAE. Entonces, se puede concluir que en el órgano de adjudicación no se encontraba la experticia ni el conocimiento técnico para analizar las ofertas.

En resumen, se constata que el rol del Comité de contrataciones de la FAE se circunscribió a las actuaciones dispuestas en el “Instructivo de procedimiento para la adquisición emergente de siete helicópteros para la Fuerza Aérea Ecuatoriana”, emitido por el Director Ejecutivo de la HJDN. Estas actuaciones consistían en: 1) enviar invitaciones a los proveedores; y, 2) recibir y aperturar las ofertas.

¹⁶ El Comité de contrataciones estuvo integrado por los siguientes órganos: Jefe del Estado Mayor General FAE (quien lo presidía), Director General de Logística, Director de Finanzas, Director de Abastecimientos y Jefe Asesor Jurídico FAE. Los representantes de estos órganos podían cambiar en cualquier momento, por decisión de las máximas autoridades. En otras palabras, el Comité de contrataciones estuvo conformado por órganos, no por personas específicas.

Posteriormente, por delegación de la HJDN, el Comité de contrataciones de la FAE tuvo la tarea de adjudicar el contrato, observando de manera obligatoria el informe de la comisión técnica, económica y legal de análisis y procesamiento de ofertas.

Concluida la delegación de la HJDN, no se observa en el expediente que el Comité de contrataciones de la FAE haya tenido alguna participación en la elaboración del contrato ni en la recepción de los helicópteros.

En ese sentido, cualquier cuestión posterior únicamente podía ser resuelta por la Honorable Junta de Defensa Nacional, que era la entidad contratante.¹⁷

De lo expuesto, se concluye que el Comité de contrataciones no tenía el control del procedimiento de contratación. Únicamente cumplió las actividades encargadas, con estricto apego a las atribuciones entregadas por la HJDN.

Esta introducción es muy importante para el análisis que se realiza en el capítulo 3, ya que nos permite conocer las actuaciones del Comité de contrataciones de la FAE. De esta manera, se podrá identificar si existió alguna conducta penalmente relevante o no; y, en caso de que haya existido, si esta fue dolosa o culposa.

¹⁷ El Plenario de la HJDN era la única autoridad que tenía la facultad de declarar desierto el concurso, conforme el capítulo IV “Proceso Desierto” de los “Documentos precontractuales para la adquisición de siete helicópteros de mediana capacidad para el ala de combate No. 22” Ver. Corte Nacional de Justicia, 2016, Juicio No. 17721-2016-0555, expediente de la *Instrucción Fiscal No. 147-2009*, Cuerpo 59, foja 6339.

2. EL PECULADO EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE EN EL 2008

El delito de peculado ha estado presente en nuestra legislación desde los inicios de la república. En el primer Código Penal ecuatoriano de 1837 (conocido como Código de Rocafuerte) apareció la primera tipificación del delito que ahora conocemos como peculado, compuesto por tres verbos rectores: extravíar, usurpar o malversar bienes (Donoso, 2008, pp. 125 a 130). Posteriormente, en el Código Garciano de 1872 apareció la primera tipificación del peculado, con otro nombre, pero ya con el verbo rector “abusar” (Donoso, 2008, p. 131).

En los últimos años han existido algunos cambios importantes en la persecución de este delito. Así, se destaca que a partir de la promulgación de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, el delito de peculado es imprescriptible y puede ser juzgado en ausencia. Por otro lado, con la sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador No. 5-13-IN/19 de 2 de julio de 2019, se eliminó como presupuesto de procedibilidad la existencia de un informe previo sobre indicios de la responsabilidad penal (“IRP”) emitido por la Contraloría General del Estado.

Ahora bien, frente a la acusación realizada en el caso “DRHUV”, surge como interrogante qué tipo de peculado se encontraba tipificado en el Código Penal vigente en el 2008. Esto es, si el delito tipificado correspondía a lo que en la doctrina se conoce como peculado doloso o si estábamos frente al delito de peculado culposo.

Para dilucidar lo anterior, con base en el principio de legalidad, es necesario analizar los elementos del tipo penal tipificado en el artículo 257 del Código Penal del Ecuador (vigente en el 2008)¹⁸, que se cita a continuación:

¹⁸ Actualmente, el delito de peculado se encuentra tipificado en el artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante, COIP), que entró en vigencia en el 2014:

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

Serán sancionados con la misma pena como responsables de peculado las o los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del Sistema Financiero Nacional que realicen actividades de intermediación financiera, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración y vigilancia de estas entidades; que, en beneficio propio o de terceros, abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros privados, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo.

Serán sancionados con las siguientes penas, cuando:

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

a. Si utilizan, en beneficio propio o de terceras personas, trabajadores remunerados por el Estado o por las entidades del sector público o bienes del sector público, cuando esto signifique lucro o incremento patrimonial.

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

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

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

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

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

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

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

c. Si disponen de cualquier manera el congelamiento o retención arbitraria o generalizada de los fondos o depósitos en las instituciones del Sistema Financiero Nacional, causando

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

Se entenderá por malversación la aplicación de fondos a fines distintos de los previstos en el presupuesto respectivo, cuando este hecho implique,

directamente un perjuicio económico a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, fondos o dinero.

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

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

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

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

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

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

además, abuso en provecho personal o de terceros, con fines extraños al servicio público.

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

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

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

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

Con la misma pena serán sancionados los servidores de la Dirección General de Rentas y los servidores de aduanas, que hubieren intervenido en Actos de Determinación. (el énfasis me corresponde)

En los siguientes acápites se analizan los elementos del tipo penal peculado, tipificado en el artículo antes citado.

2.1. Bien jurídico protegido

Como se conoce, la estructura del tipo penal está compuesta por el sujeto, la conducta típica y el objeto. En este acápite se abordará el objeto.

Al respecto, hay que distinguir entre el objeto material y el objeto jurídico. El objeto material o también llamado objeto de la acción, consiste en la persona o cosa sobre la que recae la acción (Mir Puig, 2011, p. 231).

En el delito de peculado, el objeto material constituye los recursos pertinentes a las entidades señaladas en el tipo, que para el caso en estudio son los recursos públicos. Sobre este punto, en referencia al delito tipificado en el artículo 257 del Código Penal del Ecuador (en adelante, CPE), la Corte Suprema de Justicia, en la resolución del expediente de casación 323, de 4 de julio de 2003 (Corte Suprema de Justicia, 2003, p. 18) señaló:

***QUINTO.-** El peculado está previsto en nuestra legislación penal desde sus orígenes, para proteger dos bienes jurídicos: el patrimonio público y el deber de probidad de las personas encargadas de su custodia y manejo. Por ello, los elementos esenciales constitutivos del peculado son: el abuso de fondos públicos con dolosa apropiación y daño patrimonial a la entidad perjudicada [...] (el énfasis me corresponde)*

Aquí, nos adelantamos a señalar que en la legislación ecuatoriana el peculado es un delito de resultado, por lo que, para que exista una vulneración al objeto material se requiere de un perjuicio (Corte Suprema de Justicia, 2004, p. 169).

En cuanto al objeto jurídico, la Corte Suprema de Justicia señaló de manera tajante que: ***“El bien jurídico protegido por el artículo 257 del Código Penal es el deber de probidad de la persona que desempeña una función pública, o se le ha encargado un servicio público, para asegurar el prestigio de la administración.- [...]”*** (el énfasis me corresponde) (Corte Suprema de Justicia, Expediente de casación 546, p. 10)

Sin perjuicio de lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, para efectos académicos se procurará establecer el bien jurídico protegido por el delito de peculado tipificado en el

artículo 257 inciso primero del CPE. Para ello, empezaremos determinado su ubicación dentro de ese cuerpo normativo.

Al respecto, el artículo antes citado se ubica en el título III “*De los delitos contra la administración pública*”, capítulo V “*De la violación de los deberes de funcionarios públicos, de la usurpación de atribuciones y de los abusos de autoridad*” del Código Penal del Ecuador (vigente en el 2008). De lo anterior, es claro que el peculado es un delito contra la administración pública.

Ahora bien, nace la inquietud respecto a qué deber del funcionario público se viola en ese delito. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en la resolución del recurso de casación del juicio No. 470-2004, de 16 de septiembre de 2004, reiteró:

*SÉPTIMO: Por el artículo 257 del Código Penal, nuestra legislación asegura el **deber de probidad de la persona que desempeña una función pública** o tiene a su cargo un servicio público. **La norma protege el patrimonio público y aquel deber de probidad** de quienes tienen el manejo y custodia de ese patrimonio. **Los elementos esenciales constitutivos** de la figura delictual de peculado **son el abuso de bienes o fondos públicos con dolosa apropiación y daño patrimonial a la entidad perjudicada**, abuso realizado de cualquier forma que origine ese perjuicio, **por acción u omisión** de servidores públicos o personas encargadas de un servicio público que tengan en razón de su cargo la custodia o manejo de los bienes, siendo la Contraloría General del Estado a partir de la vigencia de la Carta Política del Estado el juez de cuentas con potestad exclusiva según el artículo 212 de la Constitución, para determinar la existencia de perjuicios al estado o a cualquiera de las instituciones del sector público o a las privadas que se nutren de fondos estatales [...]. (el énfasis me corresponde)*

Hasta aquí, podemos decir que el delito de peculado tipificado en el artículo 257 inciso primero del Código Penal del Ecuador es un delito contra la administración pública, en el

que el funcionario público viola su deber de probidad.¹⁹ Esto último, ha sido reiterado por la Corte Suprema de Justicia en sus sentencias.

En esta parte, es pertinente determinar en qué consiste el deber de probidad. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en la resolución del expediente de casación 49, de 13 de febrero de 2001, señaló que probidad significa “*honradez, rectitud, integridad, hombría de bien*” (Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, 2001, p. 27).

Con lo anterior, podemos concluir que el bien jurídico tutelado en el artículo 257 inciso primero del CPE es la administración honesta de los recursos públicos; o, como lo estableció la Corte Nacional de Justicia en el 2015, al analizar el artículo en mención: “*el bien jurídico tutelado es la correcta [honesta] administración de la cosa pública*” (Corte Nacional de Justicia, 2015, p. 9)

Para finalizar esta parte, considero importante mencionar que actualmente el delito de peculado se encuentra tipificado en el artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante, COIP). No obstante, existen diferencias con el tipo penal establecido en el artículo 257 del CPE, objeto de este ensayo.

Por ejemplo, el bien jurídico tutelado en el artículo 278 del COIP es la eficiencia de la administración pública. Esto se deduce de su ubicación en el COIP (Sección tercera, “Delitos contra la eficiencia de la administración pública”) y se hace evidente en los

¹⁹ El artículo 97 numeral 9 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998 establecía como deberes y responsabilidades de los ciudadanos: “9. *Administrar honradamente el patrimonio público*”.

últimos incisos del artículo, en los que se sanciona a los administradores y a los miembros del directorio de las empresas públicas por su gestión ineficiente.

En los siguientes acápite se seguirá comparando estos dos artículos.

2.2. Sujetos de la conducta típica

En este acápite se analiza a los sujetos del tipo penal peculado, tipificado en el artículo 257 del Código Penal del Ecuador (vigente en el 2008).

El maestro Santiago Mir Puig nos enseña que el tipo penal supone la presencia de tres sujetos: “[e]l **sujeto activo** (quien realiza el tipo), el **sujeto pasivo** (el titular del bien jurídico-penal atacado por el sujeto activo) y el **Estado** (llamado a reaccionar con una pena)” (Mir Puig, 2011, p. 229) (el énfasis me corresponde)

En cuanto al sujeto activo, la tipificación del delito de peculado del artículo 257 del CPE prevé la existencia de un sujeto activo calificado: “*funcionario público o bancario o de cooperativa, o de un encargado de un servicio público*” (Corte Suprema de Justicia, 2001, p. 2032).

Ahora bien, se considera sujeto activo del delito de peculado no solo al sujeto calificado que tienen en su poder el objeto material, sino también a los que tienen la facultad para disponer del objeto material o la posibilidad de hacerlo (Corte Suprema de Justicia, 2001, p. 2032).

En la actualidad, se mantiene la calidad especial del sujeto activo; no obstante, con las reformas al COIP, realizadas por la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en materia anticorrupción, se incorporó al tipo del artículo 278 del COIP a “*los proveedores del Estado*”. Esta incorporación ha sido sujeto de debate, porque se sostiene que no era necesaria. Algunos juristas consideran que con la aplicación directa del artículo 233, inciso segundo de la Constitución de la República del Ecuador ya es posible establecer la responsabilidad de los sujetos que, sin ostentar la calidad de servidores públicos, participan en el delito de peculado (a estas personas se las conoce como los “*extraneus*”)²⁰.

Sobre este punto, en referencia a la aplicación directa del artículo 233 de la CRE, la Corte Constitucional del Ecuador, en la sentencia 1364-17-EP/23, caso 1364-17-EP, aclaró:

46. [...] En la sentencia de 7 de febrero de 2022 dictada dentro del juicio penal 15281-2016-00444, la Corte Nacional sostuvo que “[n]uestra legislación ha optado por tipificar el delito de peculado, abarcando tanto a los funcionarios públicos, como a los particulares que intervienen en la realización del tipo penal”. En ese caso, la Corte Nacional explica que, en el cometimiento de delitos especiales, se distinguen los conceptos de intraneus y extraneus. El primero, según explica la Corte Nacional, “está representado por el individuo que reúne las características que exige la tipicidad objetiva de un delito, en lo atinente al sujeto activo”. Mientras que el extraneus corresponde al “individuo que no posee la calidad requerida por el tipo penal especial, pero, intervino como contraparte en la comisión del delito”. Finalmente, la Corte Nacional concluye que “en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el debate en torno a la responsabilidad penal del extraneus en el delito de peculado, se agota en la lectura del mandato consignado en el segundo inciso del artículo 233 de la Constitución de la República.”

47. En definitiva, la jurisprudencia reciente de la Corte Nacional de Justicia sugiere que el inciso segundo del artículo 233 de la Constitución complementa la configuración normativa del tipo penal de peculado y define el título de imputación aplicable a la figura del extraneus.

[...]

²⁰ Una disposición muy similar se encontraba en el artículo 121 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998.

52. Por último, la oración final de este inciso, que es la que fue aplicada al caso bajo análisis, formula otra regla: "Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas." La lectura del inciso en su conjunto, lleva a la comprensión literal de que bajo la expresión "estas normas" se hace referencia a aquellas mencionadas en las oraciones anteriores del inciso, es decir, a: (i) las sanciones establecidas para los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito; (ii) a la imprescriptibilidad de las acciones y las penas; y (iii) al juzgamiento en ausencia. Por otra parte, la expresión "las calidades señaladas" se refiere a las calidades de servidoras o servidores públicos y de personas que actúan en delegación o representación de los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado.

53. Por lo tanto, si bien el artículo 233 de la Constitución se refiere de manera general a la responsabilidad de personas que actúan en virtud alguna potestad estatal, a través de la última frase del inciso segundo, la Constitución aclara que las personas que no ostentan tales calidades, pero que participen en el cometimiento de delitos que atentan contra el correcto funcionamiento de la administración pública, deben ser sancionadas con base a las mismas normas. Es importante resaltar que la Constitución emplea el término participación en un sentido amplio, sin condicionarlo a determinadas formas de participación criminal.

[...]

63. Este reconocimiento constitucional sobre la responsabilidad penal de cualquier persona que participe en los delitos referidos en el artículo 233 de la Constitución, no implica que para su juzgamiento sean irrelevantes las calidades señaladas en la norma penal respecto de los sujetos activos. Así, por ejemplo, el tipo penal de peculado es de naturaleza especial porque requiere que la infracción sea ejecutada por parte de una persona que sea servidora pública o que tenga alguna de las calidades especiales señaladas en el tipo penal, sin perjuicio de que otra persona, que no ostente tales calidades, también participe en la ejecución de la infracción y deba ser sancionada con base en las mismas normas.

En cuanto al sujeto pasivo, en este delito es el Estado, como titular del bien jurídico tutelado supraindividual. Aquí es importante precisar que la víctima, de conformidad con el artículo 441 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante, COIP) también es el Estado. Sobre estos sujetos no existe alguna cuestión adicional.

2.3. Tipicidad objetiva

La conducta típica está compuesta de dos componentes necesarios: su parte objetiva y su parte subjetiva (Mir Puig, 2011, p. 229). En lo que respecta a la parte objetiva, esta consiste en el verbo rector y los tipos de acción y tipos de omisión.

Conforme el artículo 257 del CPE el verbo rector del delito de peculado es “abusar”. Este abuso puede consistir “*en desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante*”.

Por otro lado, el peculado es un delito de resultado, por cuanto se requiere de la constatación de un daño patrimonial.

En ese sentido, al analizar la tipicidad debe existir una relación de causalidad entre la conducta y el resultado. Además, como todos los delitos de resultado, requiere que se determine el tiempo y el lugar del delito (Mir Puig, 2011, pp. 231 y 232).

Finalmente, respecto a si la conducta es únicamente comisiva o si también puede ser omisiva, la Corte Suprema de Justicia señaló (Corte Suprema de Justicia, 2003, Expediente de casación 323, p. 20):

*[...] el delito de peculado, **implica actuación consciente y voluntaria para disponer arbitraria y dolosamente** de fondos o bienes públicos, apropiándose o permitiendo que otro se apropie, o para usar en beneficio propio o de un tercero, algún bien que el servidor público tiene en su poder o bajo su control en razón de su cargo. **La omisión de hacer algo que la ley ordena o impone y, que denota culpa por negligencia, se sanciona hasta con la pérdida del cargo, pero siempre con la obligación de indemnizar el perjuicio causado al patrimonio público previa determinación de la responsabilidad civil culposa del servidor estatal, más no con la imposición de una sanción penal, a menos que se demuestre que la omisión de hacer algo mandado por la ley***

fue intencional y no mera negligencia o descuido, pues el dejar de hacer algo para favorecerse o favorecer a un tercero, equivale a la acción que sanciona el artículo 257 del Código Penal por peculado, **siempre que -insiste la Sala- se demuestre en el proceso, la conciencia y voluntad del servidor público para omitir un deber** de su cargo para beneficiarse o beneficiar a otro.- [...]

De la cita anterior, se observa que en el 2003, la Corte Suprema de Justicia consideraba que la conducta en el delito de peculado no era únicamente comisiva sino que también podía ser omisiva. Ahora bien, hay que resaltar que, en ambos casos, la acción y la omisión debían ser dolosas.

En la actualidad, no se podría incurrir en el delito de peculado con una conducta de omisión dolosa, ya que el COIP (artículo 28 COIP) únicamente reconoce esta omisión para los bienes jurídicos: vida, salud, libertad e integridad personal. Por otro lado, considero muy difícil que una omisión pueda encuadrarse en el verbo rector “abusar” del artículo 257 del CPE, ya que este verbo lleva implícito una acción.

2.4. Tipicidad subjetiva

En lo que respecta a la parte subjetiva del tipo, esta se refiere al contenido de la voluntad. Es decir, a la finalidad con la que se realizó la conducta. Conforme las sentencias y resoluciones citadas hasta el momento, el delito tipificado en el artículo 257 del CPE exige una conducta dolosa.

En este punto es importante indicar que, en el CPE las conductas se clasificaban en dolosas y culposas. Al respecto, el artículo 14 del CPE establecía:

Art. 14.- La infracción es dolosa o culposa.

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

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

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

La infracción es **culposa** cuando el **acontecimiento, pudiendo ser previsto pero no querido por el agente**, se verifica por causa de **negligencia, imprudencia, impericia, o inobservancia de ley, reglamentos u órdenes**. (el énfasis me corresponde)

Actualmente, el COIP define al dolo y a la culpa de la siguiente manera:

Art. 26.- Dolo.- Actúa con dolo la persona que, **conociendo** los elementos objetivos del tipo penal, **ejecuta voluntariamente** la conducta.

Responde por delito preterintencional la persona que realiza una acción u omisión de la cual se produce un resultado más grave que aquel que quiso causar, y será sancionado con dos tercios de la pena. (el énfasis me corresponde)

Art. 27.- Culpa.- Actúa con culpa la persona **que infringe el deber objetivo de cuidado**, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso. **Esta conducta es punible cuando se encuentra tipificada como infracción** en este código. (el énfasis me corresponde)

De las citas anteriores se puede deducir que se actúa con culpa, cuando se infringe el deber objetivo de cuidado.

Aquí es importante resaltar que, si bien el delito tipificado en el artículo 257 del CPE consiste en la violación de un deber, este es el de probidad y no el de cuidado. Tal vez aquí podría existir una confusión, por lo que es necesario recalcar que no es cualquier

deber el que se debe infringir para incurrir en el delito tipificado en el artículo 257 del CPE, sino el deber de probidad del servidor público. Entonces, se ratifica que el delito de peculado tipificado en el artículo antes mencionado es doloso y no culposo.

2.4.1. Tipo de dolo

Hasta aquí, es claro que el peculado tipificado en el artículo 257 del Código Penal vigente en el 2008 (en adelante, CPE) era una infracción dolosa. Ahora bien, durante la investigación se encontró que algunos autores, como Zaffaroni, consideran que “[t]odas las acciones que tipifican los tipos dolosos son concebibles en la comisión por negligencia, pero sólo algunas están tipificadas.” (el énfasis me corresponde) (Zaffaroni, 2007, p. 427)

Esto nos lleva a la definición de ilícito atípico de Manuel Atienza (Atienza, 2023, p. 6):

Si los ilícitos típicos son, pues, conductas contrarias a una regla (de mandato), los ilícitos atípicos serían las conductas contrarias a principios de mandato. Pero aquí, nos parece, puede trazarse todavía con sentido una distinción entre dos modalidades de ilícitos atípicos. Unos son el resultado de extender analógicamente la ilicitud establecida en reglas (analogia legis) o el resultado de la mera ponderación entre los principios relevantes del sistema, cuyo balance exige la generación de una nueva regla prohibitiva (analogia iuris). Otros —los que aquí nos interesan— son ilícitos atípicos que, por así decirlo, invierten el sentido de una regla: prima facie existe una regla que permite la conducta en cuestión; sin embargo —y en razón de su oposición a algún principio o principios—, esa conducta se convierte, una vez considerados todos los factores, en ilícita; esto, en nuestra opinión, es lo que ocurre con el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder.

Sobre la cita anterior, es importante indicar que la analogía es contraria al principio de legalidad. Por ende, al vulnerar las garantías del debido proceso, no está permitida en el Derecho penal.²¹

Por otro lado, se debe señalar que en el peculado del artículo 257 CPE, el principio que se contraviene es el de probidad.²² Entonces, de regreso a lo señalado por Zaffaroni, la inquietud que se presenta ahora es si el peculado del artículo 257 CPE podría tener una forma culposa, que no se encuentre tipificada.

Al respecto, tomando en cuenta la definición de probidad de la Corte Suprema de Justicia (Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, 2001, p. 27) considero improbable que una conducta culposa pueda infringir el deber de probidad, esto es que sea contraria a la “*honradez, rectitud, integridad, hombría de bien*”.

Al contrario, en mi opinión, considero que siempre será necesaria una conducta dolosa para infringir el deber de probidad. Por lo que, a mi parecer el peculado tipificado en el artículo antes mencionado no tiene una forma culposa no tipificada, es decir, no existiría un ilícito atípico relacionado con el delito en análisis.

Para abundar en este tema, resta analizar qué tipo de dolo se requiere para incurrir en el peculado del artículo 257 CPE. Sobre este punto, es importante indicar que

²¹ La analogía en materia penal vulnera las garantías del debido proceso, en especial el principio de legalidad garantizado en el artículo 76 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador. Anteriormente, esta garantía se encontraba en el artículo 24 numeral 1 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998.

²² Principio contemplado en el artículo 97 numeral 9 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998.

doctrinariamente el dolo se puede clasificar en: 1) dolo directo o de primer grado; 2) dolo de segundo grado; y, 3) dolo eventual.

Es de mencionar que a este último se lo suele confundir con la culpa consciente. Así, *“POLAINO NAVARRETE sostiene que la culpa consciente es un híbrido entre la culpa y el dolo eventual, porque el autor sí preveía de alguna forma el resultado, esto es, era consciente de la situación de riesgo.”* (Rodríguez, 2022, p. 217) Para zanjar esta confusión, es necesario conocer en qué consiste el dolo eventual y en qué la culpa consciente.

Felipe Rodríguez explica el dolo eventual de la siguiente manera: *“el autor conoce que el resultado no es seguro y no es inevitable, sino únicamente posible o eventual y, así el autor lo acepta en el caso que se produzca, es decir, no quiere el resultado pero lo acepta como eventual.”* (el énfasis me corresponde) (Rodríguez, 2022, p. 214)

Por otro lado, explica a la culpa consciente como sigue: *“el autor no quiere ni acepta resultado lesivo alguno, pero lo pudo prever y pese a ello, infringiendo el deber objetivo de cuidado, produce un resultado lesivo ni querido ni aceptado.”* (el énfasis me corresponde) (Rodríguez, 2022, p. 215)

De la explicación anterior, teóricamente, la diferencia es muy clara: *“en el dolo eventual no se quiere el resultado, pero se lo acepta como posible, mientras que, en la culpa consciente, no se quiere el resultado ni se lo acepta, aunque se lo vea como posible”*. (el énfasis me corresponde) (Rodríguez, 2022, pp. 217 y 218)

Pese a la claridad teórica, es preciso señalar que en la práctica se confunde el dolo eventual con la culpa consciente, ya que la diferencia se presta a subjetividades. Así, “*no existe Juez capaz, en todos los casos, de entrar en la cabeza del autor y determinar si lo hizo aceptando el resultado o no.*” (Rodríguez, 2022, p. 218)

Ahora bien, la confusión que podría existir en el juzgador respecto del dolo eventual y la culpa consciente no es dable en el caso del peculado del artículo 257 CPE. Lo anterior porque este delito requiere de dolo directo, como se explica en seguida.

Como se recordará, el artículo 14 del CPE definía a la infracción dolosa como aquella en que hay **designio de causar daño**. La definición contenida en esta norma corresponde a la definición doctrinaria del dolo directo o dolo de primer grado.

Felipe Rodríguez nos explica el dolo directo de la siguiente manera: “*tenemos un autor que **quiere que un resultado lesivo se produzca** y sabe que su propia conducta puede generar dicho daño y por ello, con ese querer y saber, ejecuta el acto, **quiere la producción del resultado lesivo.**” (el énfasis me corresponde) (Rodríguez, 2022, p. 214)*

Es importante señalar que este tipo de dolo es mucho más difícil de probar que el que actualmente exige el COIP (dolo de segundo grado), ya que se debe “*demostrar lo que pensaba, quería y deseaba, en su fuero interno el autor*” (Rodríguez, 2022, p. 197) Por otro lado, no da lugar a algún tipo de confusión con la culpa consciente, porque en el dolo de primer grado es categórico demostrar “*el designio de causar daño*”.

El dolo requiere que la persona que realiza la conducta típica conozca los elementos objetivo del tipo (elemento cognitivo) y tenga la voluntad consciente de realizarla (elemento volitivo) para causar daño y vulnerar el bien jurídico. (Andrade, 2014, pág. 22).

Para conocimiento, hasta las reformas de diciembre de 2019, el dolo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano era directo (Rodríguez, 2022, p. 195)²³; actualmente, el dolo es de segundo grado.

Sobre el dolo de segundo grado, Rodríguez enseña lo siguiente: “[...] *el autor no persigue, no tiene la <<intención específica y dirigida>> de causar un daño, pero sabe con absoluta seguridad que lo va a producir, es decir, no persigue el <<delito específico>>; sin embargo, conoce que su conducta se adecuará a un delito.*” (Rodríguez, 2022, p. 197)

De lo expuesto, se concluye que el delito tipificado en el artículo 257 del CPE es el peculado doloso. El verbo rector “abusar” y la infracción del deber de probidad del servidor público exigen la existencia de dolo. Ahora bien, para este delito, el dolo que debe ser probado es el de primer grado, conforme se establecía en el Código Penal vigente en el 2008.

²³ Hasta las reformas de la Ley Reformativa al Código Orgánico Integral Penal, publicada en el Registro Oficial Suplemento 107 de 24 de diciembre de 2019, el dolo se definía como: “**Art. 26.- Dolo.- Actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño.**” (el énfasis me corresponde). De la cita anterior, es claro que el dolo en el COIP era de primer grado.

Por otro lado, se concluye que las conductas culposas no se subsumen al artículo 257 del CPE. Además, no se identifica que pudiera existir un ilícito atípico relacionado con este tipo penal, porque no se podría vulnera el principio de probidad con conductas culposas.

Finalmente, es importante mencionar que a mi parecer no existen lagunas de punibilidad. Las conductas culposas de los funcionarios públicos son sancionadas con responsabilidades administrativas y civiles.

Al respecto, el artículo 45 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado establece que incurrirán en responsabilidad administrativa culposa los funcionarios o servidores públicos que, por acción u omisión, se encuentren comprendidos en las causales ahí detalladas. Entre las causales se destacan el “[c]ometer abuso en el ejercicio de su cargo” y “[p]ermitir la violación de la Ley, de normas específicas emitidas por las instituciones del Estado, o de normas de carácter generalmente obligatorio [...]”.

Por otro lado, el artículo 52 de la ley antes mencionada establece el alcance de la responsabilidad civil culposa, como sigue:

“La responsabilidad civil culposa nace de una acción u omisión culposa aunque no intencional de un servidor público o de un tercero, autor o beneficiario, de una acto administrativo emitido, sin tomar aquellas cautelas, precautelas o precauciones necesarias para evitar resultados perjudiciales directos o indirectos a los bienes y recursos públicos.”

Como se observa, si un funcionario actúa de manera negligente (violando el deber de cuidado) tendrá responsabilidad civil o administrativa, pero no penal.

Por lo expuesto, en mi opinión, no es necesario extender el peculado hacia las conductas culposas, porque ya existe una respuesta en el ámbito administrativo y civil. Además, si se quisiera tipificar el peculado culposo este será diferente al peculado del artículo 257 CP, porque ese delito no concibe conductas culposas. En otras palabras, llevarán la denominación peculado, pero los elementos serán totalmente distintos.

2.5. El peculado culposo en el derecho penal colombiano

Como se observó en el acápite anterior, el delito de peculado tipificado en el artículo 257 del Código Penal de Ecuador (vigente en el 2008) es un delito doloso.

No obstante, para efectos de este ensayo académico despierta curiosidad conocer en qué consiste el peculado culposo. Lo anterior por lo señalado por el Juez nacional en el auto de sobreseimiento del caso DHRUV:

[...] el tratamiento de esta figura delictiva (peculado), varía en las diferentes legislaciones, por ello resulta contraproducente cuando en las resoluciones emitidas por los órganos de administración de justicia, se citan connotados juristas o se transcriben conceptos referentes al peculado; sin considerar, que si bien el término es el mismo, los elementos objetivos del tipo penal, en cada país, tienen diferentes connotaciones, por ejemplo en la legislación Colombiana o de Costa Rica (...) (Corte Nacional de Justicia, Extracto de la audiencia evaluatoria y preparatoria de juicio, p. 33, Juicio No. 17721-2016-0555, fs. 3382) (el énfasis me corresponde)

Debido a la cercanía geográfica, se ha escogido a la legislación colombiana para analizar la tipología del peculado culposo. Al respecto, el artículo 400 del Código penal de Colombia tipifica el peculado culposo como sigue:

Art. 400.- El servidor público *que respecto a bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, por culpa dé lugar a que se extravíen, pierdan o*

dañen, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses, multa de trece punto treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por el mismo término señalado. (el énfasis me corresponde)

Como se observa, el peculado culposo en Colombia es un delito especial, que requiere de un sujeto activo calificado (“servidor público”). En cuanto al sujeto pasivo, este es el Estado.

En lo que respecta al objeto material, este lo componen los recursos públicos; y, los recursos particulares, cuando han sido confiados al sujeto activo debido a sus funciones. En cuanto al bien jurídico protegido, este es la administración pública desde el deber de cuidado de los bienes confiados al servidor público (Camargo, 2017).

Ahora bien, en lo que respecta a la conducta, los verbos rectores de esta conducta son extraviar, perder o dañar. Respecto a los verbos perder y extraviar, la Corte de Suprema de Justicia de Colombia, en la providencia de 12 de julio de 1980 (Cancino, 2019, p. 273) sostuvo:

*[...]. El peculado culposo ocurre, no solamente cuando los caudales o efectos se **pierden**, sino también cuando se **extravían**, luego, si esto último ocurre, el delito se consuma, así las cosas extraviadas lleguen a ser más tarde recuperadas.*

Perder y extraviar una cosa no son, en efecto, voces sinónimas; de la primera dice el diccionario de la Academia Española de la Lengua que significa dejar de tener, o no hallar uno la cosa que poseía, en tanto que respecto de la segunda señala que consiste en hacer perder el camino, y también en poner una cosa en otro lugar que el que debía ocupar, que es, para el asunto concreto de que se trata, la definición que más se aviene a la naturaleza del delito culposo (se trataba de un juez que puso algunas armas cuya custodia le había sido encomendada, por razón de sus funciones, en manos de un tercero ajeno al juzgado, y que se encontraban extraviadas en el momento de la investigación).

En lo que respecta al verbo dañar, este consiste en “*causar detrimento, perjuicio, menoscabo; maltratar o echar a perder una cosa*” (Cancino, 2019, p. 273). Como se habrá advertido, no forma parte de los verbos rectores del tipo peculado culposo el verbo rector “abusar”.

Finalmente, en lo que respecta a la parte subjetiva de la conducta, se observa que el tipo supone una conducta culposa. La norma lo establece expresamente de esa manera.

Para concluir este acápite, considero pertinente señalar que, el peculado culposo en la legislación colombiana es criticado por su “*desmesurada amplitud y [porque] puede tipificarse tanto respecto de los más insignificantes comportamientos nocivos para los bienes jurídicamente tutelados como de otros de gran trascendencia.*” (Cancino, 2019, p. 273)

Antonio José Cancino considera que la tipificación del delito de peculado culposo es desmesurada, porque se puede llegar a sancionar con prisión: al servidor público que por imprudencia riega un poco de café en un equipo sofisticado; al conductor del sector público que conduce imprudentemente y choca el vehículo a su cargo; al servidor público que tiene en su custodia un título valor a favor del Estado, que por descuido lo extravía, etc. (Cancino, 2019, p. 273).

En mi opinión, tipificar el delito de peculado culposo en Ecuador sería inconveniente y peligroso. En primer lugar, como ya se demostró en el acápite anterior, las conductas culposas de los funcionarios públicos ya son sancionadas mediante la determinación de

responsabilidades administrativa culposa y/o civil culposa, por parte de la Contraloría General del Estado.

Por otro lado, criminalizar este tipo de conductas atentaría contra los principios de *ultima ratio* y proporcionalidad del Derecho penal. Atenta contra el principio de *ultima ratio* porque se criminaliza una conducta que no tiene gran impacto ni connotación social; y, que ya está sancionada en la esfera del derecho administrativo sancionador. Aquí hay que hacer énfasis en que la conducta en el peculado culposo no es un acto de corrupción, sino de negligencia, imprudencia, impericia, o inobservancia de ley, reglamentos u órdenes.

Además, sería contrario al principio de proporcionalidad porque se estaría privando de libertad a una persona por no haber observado su deber de cuidado de los bienes de la administración. Cuestión que ya se sanciona a través del derecho administrativo sancionador.

Finalmente, hay que tomar en consideración que en la sociedad ecuatoriana prima el populismo punitivo; y, que la administración de justicia ha sido criticada por dar la impresión de que está al servicio de los intereses políticos. Esto último torna más peligrosa a la tipificación del peculado culposo, porque este delito se presta a subjetividades.

3. EL PECULADO ACUSADO AL COMITÉ DE CONTRATACIONES DE LA FAE

En este capítulo, el análisis se centrará en la acusación de la FGE para el Comité de contrataciones, esto es, que adjudicó el contrato “*sin mayor análisis, control, verificación*

ni observación alguna y sin haber tomado en cuenta ya las observaciones de los procesos anteriores que se declararon fallidos”. (Corte Nacional de Justicia, 2016, Juicio No. 17721-2016-0555, Extracto de la audiencia de 6 de octubre de 2023, página sin numeración 7) ²⁴

²⁴ Con base en la información que consta en el expediente, se realizan las siguientes observaciones:

1. FGE no estableció cuáles fueron los “procesos anteriores” y cuál fue el organismo que los llevo a cabo. Como se indicó en los acápites anteriores, el procedimiento de contratación materia de este ensayo fue realizado por la HJDN.
Al respecto, en el expediente del caso DRHUV no existe evidencia de que ese organismo colegiado haya realizado un proceso de contratación anterior por el mismo objeto contractual.
2. FGE no verificó si los miembros del Comité de contrataciones de la FAE, en los “procesos anteriores” eran o no las mismas personas. Como se mencionó en los acápites anteriores, el Comité de contrataciones de la FAE estaba conformado por órganos, cuyos representantes podían variar por traslados a otras áreas.
3. FGE no constató si los miembros del Comité de contrataciones de la FAE, que adjudicaron el contrato por delegación de la HDJN, tuvieron o no acceso a los documentos de los “procesos anteriores”. Es importante indicar que, conforme se observa en los documentos del expediente, la información de las contrataciones del Comité de contrataciones de la FAE y de la HJDN tenía el carácter de reservado y secreto.
4. FGE no constató que la empresa HAL haya participado en todos los “procesos anteriores”, ni que lo haya hecho con los mismos equipos. En el expediente no constan las ofertas de los “procesos anteriores”.
5. Se observa en el expediente judicial que, en el 2007 la Fuerza Aérea Ecuatoriana llevó a cabo un proceso de contratación de helicópteros, cuyo contrato se adjudicó a la empresa HAL. Sin embargo, se constata que los miembros del Comité de Contrataciones de la FAE, que fueron acusados en el caso “DRHUV”, no participaron en ese procedimiento de contratación. Esto se verifica en las actas del Comité de Contrataciones de la FAE No. 047, de 29 de septiembre de 2007 (Corte Nacional de Justicia, 2016, Juicio No. 17721-2016-0555, expediente de la Instrucción Fiscal No. 147-2009, Cuerpo 114, fojas 13615 a 13621) y No. 048, de 15 y 16 de octubre de 2007 (Corte Nacional de Justicia, 2016, Juicio No. 17721-2016-0555, expediente de la Instrucción Fiscal No. 147-2009, Cuerpo 114, fojas 13622 a 13626).
6. Se observa en el punto cinco, número 3, del Acta No. 04 del Comité de Contrataciones de la FAE, de 19 de marzo de 2008 (Corte Nacional de Justicia, 2016, Juicio No. 17721-2016-0555, expediente de la Instrucción Fiscal No. 147-2009, Cuerpo 129, foja 15613) que mediante oficio No. 0240-EE-O-08 del 14 de marzo de 2008, el Comandante General de la FAE dispuso al Jefe del Estado Mayor de la FAE que le remita toda la documentación del proceso de adquisición de helicópteros efectuado en el año 2007.

Al respecto, conforme consta en el acta antes referida, se dispuso: *“por Secretaría se remita toda la documentación que permanece en la Secretaría de este Organismo [Comité de Contrataciones FAE], a la Secretaría del Comando General FAE.”* (Corte Nacional de Justicia, 2016, Juicio No. 17721-2016-0555, expediente de la Instrucción Fiscal No. 147-2009, Cuerpo 129, foja 15613)

De lo anterior, se observa que la documentación del proceso de contratación del 2007 fue remitida a la Secretaría del Comando General FAE, meses antes de la delegación realizada por la HJDN; incluso, antes de que la HJDN declare emergente la contratación (Sesión del 20 de marzo de 2008 / Resolución 011-PLEN-2008). En el expediente no se verifica cuál fue el tratamiento que el

Lo anterior, a fin de establecer si la acusación se refiere a una conducta dolosa o culposa; y, si la conducta imputada se subsume en el tipo penal del artículo 257 del Código Penal del Ecuador, vigente en el 2008.

3.1. Conductas acusadas por la Fiscalía General del Estado

En la audiencia de formulación de cargos, realizada el 6 de octubre de 2021, la Fiscalía General del Estado acusó a los miembros del Comité de contrataciones de la FAE de lo siguiente (Corte Nacional de Justicia, 2016, Juicio No. 17721-2016-0555, Extracto de la audiencia de 6 de octubre de 2023, página sin numeración 7):

*Frente [al informe de la Comisión Técnica, Legal y Económica que analizó las ofertas] el 23 de junio de 2008 **sin mayor análisis, control, verificación ni observación alguna y sin haber tomado en cuenta ya las observaciones de los procesos anteriores que se declararon fallidos**, el Comité de la Fuerza Aérea Ecuatoriana, integrado por: [...], adjudican el contrato a favor de esta compañía HAL, concluyéndose con este acto la etapa precontractual y dando inicio a la fase contractual de este proceso. (el énfasis me corresponde)*

Al respecto, en el auto de sobreseimiento, el Juez Nacional observó (Corte Nacional de Justicia, 2016, Extracto de la audiencia de 19 de junio de 2023, Juicio No. 17721-2016-0555, foja. 3384):

Comandante General de la FAE (de ese momento) dio a la información del proceso de contratación del 2007.

En resumen, se observa que los miembros del Comité de contrataciones de la FAE, que fueron acusados por la FGE, no tuvieron acceso a la documentación de los “procesos anteriores”.

- Que, los hechos acusados, en los cuales se detallan -empero se confunde al mismo tiempo- todas las diferentes fases del proceso de contratación (antecedentes, fases, roles de los diferentes participantes-), no se evidencian conductas penalmente relevantes; sino acciones que corresponden a las esferas administrativas y/o precisamente de la funciones y cargos de los servidores públicos.
- Que, tan es así, que con relación a lo indicado ut supra, una de las defensas técnicas, de su parte y como elemento de descargo, evidenció trayendo a colación como elemento de descargo, que la Contraloría General del Estado ha realizado tres exámenes especiales al proceso precontractual, contractual, de ejecución y de pago por adquisición de los 7 helicópteros; y, específicamente el examen signado bajo el No. DA3-0047-2012, establece en sus conclusiones meras recomendaciones a las diversas entidades públicas que participaron en el proceso de contratación.

25

Asimismo, el Juez Nacional consideró que FGE acusó a los miembros del Comité de contrataciones de la FAE de haber infringido el deber de cuidado. Esto se deduce de la acusación de haber adjudicado el contrato “*sin mayor análisis, control, verificación ni observación alguna*”.

En ese sentido, el Juez Nacional observó que no se acusa al Comité de contrataciones de la FAE de una actuación dolosa, sino de una actuación culposa (no haber observado el deber de cuidado).

²⁵ Respecto a lo señalado por el Juez Nacional, es importante recordar que:

- a) El Comité de contrataciones de la FAE no llevó a cabo el proceso de contratación, sino la Honorable Junta de Defensa Nacional.
- b) El Comité de contrataciones de la FAE actuó con apego a las atribuciones específicas que le fueron otorgadas por la HJDN; y,
- c) Al Comité de contrataciones de la FAE únicamente le correspondió adjudicar el contrato con base en el Informe presentado por la Comisión Técnica, Económica y Legal de análisis y procesamiento de las ofertas (en adelante, CTEL). Esto conforme se le dispuso en el Instructivo emitido por el Director Ejecutivo de la HJDN.

Ahora bien, como se explicó en el capítulo anterior, el peculado en Ecuador es doloso. En nuestra legislación no se encuentra tipificado el peculado culposo; que dicho sea proteja bienes jurídicos distintos.

3.2. Respeto de la obligatoriedad de probar el designio de causar daño del procesado

En la audiencia preparatoria de juicio, el Juez nacional citó el artículo 257 del Código Penal y observó que el verbo rector en el delito de peculado es “abusar”. Luego, respecto de la tipicidad subjetiva señaló que al ser el verbo rector “abusar”, esto *“implica una conducta dolosa, pues no es posible abusar por violación al deber objetivo de cuidado (culpa)”* (Corte Nacional de Justicia, 2016, Extracto de la audiencia de 19 de junio de 2023, Juicio No. 17721-2016-0555, foja. 3383).

En este acápite se analizará si la actuación del Comité de contrataciones de la FAE fue o no dolosa. Al respecto, el doctrinario Edgardo Donna ha señalado: *“Sólo puede condenarse por el delito doloso cuando se demuestra que el autor tenía un conocimiento cierto, actual y efectivo, no solo de los elementos objetivos del tipo, sino también de la ilicitud de comportamiento”*. (Donna, 2008, pág. 524. Citado en Andrade, 2014, pág., 49) (el énfasis me corresponde).

En este punto, es necesario remitirnos a las actuaciones del Comité de contrataciones de la FAE, en específico, al acto de adjudicación. Para esto, es preciso recordar que el 16 de junio de 2008, el Director Ejecutivo de la HJDN reformó su Instructivo a fin de que sea el Comité de contrataciones el encargado de adjudicar el contrato, en lugar del plenario de la HJDN.

Por otro lado, el Director Ejecutivo de la HJDN conformó una Comisión Técnica, Económica y Legal de análisis y procesamiento de las ofertas (en adelante, CTEL). Recordemos que a la CTEL le correspondía presentar y exponer al Comité de Contrataciones de la Fuerza Aérea Ecuatoriana, “*el informe respectivo que contenga las observaciones que permitan a este Cuerpo Colegiado, disponer de la información necesaria para la adjudicación.*”²⁶

Entonces, para analizar la actuación del Comité de contrataciones de la FAE es necesario previamente referirnos al Informe de la CTEL. Al respecto, en el Informe se aprecia que la CTEL realizó tareas cuantitativas y cualitativas.

Así, se presentan análisis, cuadros comparativos y observaciones a las ofertas. Además, se reproduce las partes pertinentes de las ofertas que justifican los incumplimientos hallados por la CTEL. En el informe se presentan los siguientes anexos (Corte Nacional de Justicia, 2016, Juicio No. 17721-2016-0555, expediente de la *Instrucción Fiscal No. 147-2009*, Cuerpo 26, foja 2460):

²⁶ Como lo manifestó el perito Marcelo Guzmán, en la versión rendida el 28 de diciembre de 2022, el informe de la CTEL era vinculante.

ANEXOS:

- Anexo "A": CAPACIDAD HELICOPTERO MI-172
 Anexo "B": OFERTA ECONOMICA PRESENTADA POR LA CIA. KAZAN
 Anexo "C": FINANCIAMIENTO ECONOMICO PRESENTADO POR LA CIA. KAZAN
 Anexo "D": DOCUMENTOS CON ENMIENDAS SIN SALVARLAS PRESENTADOS POR LA CIA. KAZAN
 Anexo "E": AVIONICA NO OCCIDENTALIZADA PRESENTADA EN LA PROPUESTA POR LA CIA. KAZAN
 Anexo "F": OFERTA Y FINANCIAMIENTO PRESENTADO POR LA CIA. EUROCOPTER
 Anexo "G": CAPACIDAD DEL HELICOPTERO MD-902 PRESENTADO POR LA CIA. ELBIT
 Anexo "H": REQUERIMIENTOS SOLICITADOS POR F.A.E. SON PRESENTADOS COMO EQUIPOS ADICIONALES SEGUN OFERTA DE LA CIA. ELBIT
 Anexo "I": MATRIZ PARA LA VALORACION DE LAS OFERTAS (ASPECTO LEGAL)
 Anexo "J": CUADROS COMPARATIVOS ESPECIFICACIONES TECNICAS
 Anexo "K": CUADRO COMPARATIVO HELICOPTEROS
 Anexo "L": CUADRO COMPARATIVO FINAL

Asimismo, se verifica que en el Informe de la CTEL se realizan las siguientes observaciones a las ofertas (Corte Nacional de Justicia, 2016, Juicio No. 17721-2016-0555, expediente de la *Instrucción Fiscal No. 147-2009*, Cuerpo 26, foja 2459):

OBSERVACIONES:**ASPECTO ECONÓMICO**

1. **COMPAÑÍA KAZAN HELICOPTERS (MI-172)**
 - No cumple con el aspecto económico establecido en los documentos precontractuales
2. **COMPAÑÍA EUROCOPTER (EC-145)**
 - No cumple con el aspecto económico establecido en los documentos precontractuales
3. **COMPAÑÍA HAL (DHRUV):**
 - Cumple con el aspecto económico establecido en los documentos precontractuales
4. **COMPAÑÍA ELBIT (MD-902)**
 - Cumple con el aspecto económico establecido en los documentos precontractuales

ASPECTO LEGAL:

1. **COMPAÑÍA KAZAN HELICOPTERS (MI-172):**
 - No cumple con el aspecto legal establecido en los documentos precontractuales .- Anexo "I"
2. **COMPAÑÍA EUROCOPTER (EC-145):**
 - No cumple con el aspecto legal establecido en los documentos precontractuales .- Anexo "I"
3. **COMPAÑÍA HAL (DHRUV):**
 - Cumple con el aspecto legal establecido en los documentos precontractuales .- Anexo "I"

ASAMBLEA NACIONAL
CERTIFICADO: Que es copia fiel de los respaldos de los archivos de la Asamblea Nacional

MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL



4. **COMPAÑÍA ELBIT (MD-902)**
 - No cumple con el aspecto legal establecido en los documentos precontractuales .- Anexo "I"

ASPECTO TÉCNICO OPERATIVO:

1. **COMPAÑÍA KAZAN HELICOPTERS (MI-172):**
 - No cumple con el aspecto Técnico Operativo establecido en los documentos precontractuales
2. **COMPAÑÍA EUROCOPTER (EC-145):**
 - No cumple con el aspecto Técnico Operativo establecido en los documentos precontractuales
3. **COMPAÑÍA HAL (DHRUV):**
 - Cumple con el aspecto Técnico Operativo establecido en los documentos precontractuales
4. **COMPAÑÍA ELBIT (MD-902)**
 - No cumple con el aspecto Técnico Operativo establecido en los documentos precontractuales

Además, se aprecia que en el Informe se reproducen las partes pertinentes de las ofertas, que justifica los incumplimientos que detecta en su análisis (Corte Nacional de Justicia, 2016, Juicio No. 17721-2016-0555, expediente de la *Instrucción Fiscal No. 147-2009*, Cuerpo 26, foja 2460), por ejemplo:

H. N. 002244-01262
Nº 01262

ANEXO "A"
CAPACIDAD HELICOPTERO MI-172

Helicópteros Kazan

Helicópteros MI-172
Helicópteros

Contact information Send request to the Company

Foto	Descripción
	<p>El MI-172 de helicópteros se ha desarrollado continuamente y mejorado a lo largo de los últimos años y está actualmente en curso de certificación comercial con la Rusia Autoridad de Aviación Civil. En paralelo al ruso el esfuerzo de certificación helicóptero está siendo evaluado para demostrar el cumplimiento con las últimas Versión de regulación FAA FAR-29 y con la nueva aviónica se reunirá el requisito para la certificación de helicópteros IP derivado Mi-17KF está equipado con Honeywell EDZ-756 Electronic Flight Instrumento</p>
	<p>The Mi-172 is a passenger version. It is intended for transportation of 26 passengers. Special VIP-versions for 7-11 passengers are also produced.</p>

FUENTE: WWW/capabilities offmi-172 ←

Finalmente, en el Anexo L “CUADRO COMPARATIVO FINAL”, la Comisión Técnica, Económica y Legal de análisis y procesamiento de las ofertas concluye que la única oferta que cumple con los aspectos económico, legal y operativo / técnico es la presentada por la empresa HAL (Corte Nacional de Justicia, 2016, Juicio No. 17721-2016-0555, expediente de la *Instrucción Fiscal No. 147-2009*, Cuerpo 26, foja 2473).

ANEXO "L"
CUADRO COMPARATIVO FINAL

ASPECTO	KAZAN		EUROCOPTER		HAL		ELBIT	
	CUMPLE	NO CUMPLE	CUMPLE	NO CUMPLE	CUMPLE	NO CUMPLE	CUMPLE	NO CUMPLE
ECONÓMICO		X		X	X		X	
LEGAL		X		X	X			X
OPERATIVO/ TÉCNICO		X		X	X			X

Al analizar el informe de la CTEL, se constata que no existen observaciones a la oferta presentada por la empresa HAL. Tampoco existen inquietudes o dudas respecto a esa oferta.

De regreso a la actuación del Comité de contrataciones de la FAE, se observa que luego de la exposición de la CTEL, se procedió a votar de manera motivada, con base en el informe.

De lo expuesto, no se observa alguna conducta dolosa de parte del Comité de contrataciones de la FAE. Ese órgano colegiado únicamente adjudicó el contrato con base en el informe vinculante de la CTEL.

Finalmente, tampoco se observa una violación al deber objetivo de cuidado, por parte del Comité de contrataciones de la FAE. Esto se sustenta además en el análisis del rol de ese órgano colegiado, que fue analizado en el acápite 1.3.

3.3. Respecto de la obligatoriedad de probar el daño ocasionado

Como se concluyó en el capítulo 2, el delito de peculado que se encontraba tipificado en el artículo 257 del Código Penal del Ecuador (vigente en el 2008) era un delito de resultado, que requiere que exista un perjuicio económico. En ese sentido, si no se verifica un perjuicio económico no existe delito. Al respecto, en el auto de sobreseimiento, el Juez Nacional señaló (Corte Nacional de Justicia, 2016, Extracto de la audiencia de 19 de junio de 2023, Juicio No. 17721-2016-0555, foja. 3384):

más que, en contrario, se debe resaltar: que si bien es cierto, por un lado, la partida presupuestaria otorgada para la contratación de los helicópteros fue por un monto total de \$66.406.293, 74 millones de dólares, la contratación de los 7 helicópteros DHRUV se realizó por 45 millones; los 7 helicópteros DHRUV fueron asegurados y si bien hubo 4 aeronaves accidentadas, respecto de ellas, la compañía de seguros Sucre S.A mediante memorándum SSQVC-2382 del 2021, de 15 de diciembre del 2021 informó que ha cancelado el Estado Ecuatoriano por los helicópteros siniestrados la suma de (más menos) 53 millones dólares, es decir, que el Estado Ecuatoriano recibió por concepto de pago de seguros; adicionalmente, existen 3 aeronaves que siguen operativas; cuyo valor -a partir del contrato- cada una oscila en los 6 millones; es decir, que si el valor del contrato fue por 45 millones, se pagó por el seguro de las aeronaves accidentadas 53 millones, aproximadamente; resultando por tanto una diferencia a favor del Estado Ecuatoriano no solo por el pago del seguro de las aeronaves accidentadas más el valor de los 3 helicópteros. Ergo no se ha evidenciado perjuicio, tanto más que la pericia que ha sido anunciada realizada por el perito Guzmán Chiriboga se trata de un informe de inversiones, más no de un cálculo de perjuicio, que para este juzgador no hay.

Que, realizando un ejercicio matemático, entre el valor erogado por el contrato frente al valor pagado cubierto por el seguro por las aeronaves siniestradas, se tiene que, el Estado ecuatoriano recuperó más del 100% del dinero invertido en las 7 aeronaves únicamente con los seguros cobrados por los 4 helicópteros accidentados, quedando una diferencia a favor inclusive del Estado Ecuatoriano; per se, no hay el perjuicio económico que ha señalado Fiscalía General del Estado que hace mención a \$66.406.293, 74 millones de dólares que corresponden a la partida presupuestaria.

Se destaca que el Juez Nacional no encontró algún perjuicio económico para el Estado. En el mismo sentido, se constata en el expediente que la Contraloría General del Estado, en sus informes No. DA3-0047-2012 (Corte Nacional de Justicia, 2016, Juicio No. 17721-2016-0555, expediente de la *Instrucción Fiscal No. 147-2009*, Cuerpo 10, foja 941), DAAC-0285-2015 (Corte Nacional de Justicia, 2016, Juicio No. 17721-2016-0555, expediente de la *Instrucción Fiscal No. 147-2009*, Cuerpo 68, foja 7245 a 7275) y DAAC-0133-2016 (Corte Nacional de Justicia, 2016, Juicio No. 17721-2016-0555, expediente

de la *Instrucción Fiscal No. 147-2009*, Cuerpo 118, fojas 14125 a 14135) tampoco determinó la existencia de perjuicio económico.²⁷

Finalmente, el Juez Nacional observó que la pericia anunciada por la FGE para sostener un supuesto perjuicio económico, “*se trata de un informe de inversiones, más no de un cálculo de perjuicio*”.

No obstante lo señalado por el Juez Nacional, para efectos de este ensayo académico nace la inquietud sobre si las actuaciones del Comité de contrataciones de la FAE podían o no generar algún perjuicio económico.

Al respecto, en el acápite sobre el rol del Comité de contrataciones de la FAE se evidenciaron las actividades a cargo de ese órgano colegiado. Ahora bien, el envío de invitaciones y el acto de apertura de ofertas; más allá de que no han sido observados por la FGE, no podían generar algún perjuicio.

Entonces, dado que la FGE acusó al Comité de contrataciones de haber adjudicado el contrato “*sin mayor análisis, control, verificación ni observación alguna*”, me detendré en el acto de adjudicación. Al respecto, se verificó en el análisis de competencias, que el Comité de contrataciones de la FAE adjudicó el contrato por delegación de la Honorable Junta de Defensa Nacional. En ese sentido, una vez que el Comité de contrataciones de la FAE cumplió con la delegación, sus funciones concluyeron.

²⁷ El artículo 212 de la Constitución Política de la República del Ecuador (1998) establecía: “*La Contraloría General del Estado tendrá potestad exclusiva para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal [...]*”

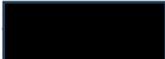
Por otro lado, se observa en el expediente que mediante oficio No. 2008-02310-HJDNDJ de 24 de junio de 2008 (Corte Nacional de Justicia, 2016, Juicio No. 17721-2016-0555, expediente de la *Instrucción Fiscal No. 147-2009*, Cuerpo 62, foja 6567) el Director Ejecutivo de la HJDNDJ notificó al representante de la empresa Hindustan Aeronautics Limited (HAL), que el contrato ha sido adjudicado a su representada. Este oficio es muy importante, porque en este se realiza una advertencia.

Así, en el oficio antes mencionado, el Director Ejecutivo de la HJDNDJ advierte a la empresa HAL que la adjudicación **“no confiere derechos ni obligaciones contractuales, por cuanto el proceso de contratación se perfecciona con la suscripción del respectivo contrato.”** (el énfasis me corresponde)



OFICIO No. 2008-02310 -HJDNDJ

Quito, D. M. 24 JUN 2008


 REPRESENTANTE EN EL ECUADOR DE LA COMPAÑÍA
 HINDUSTAN AERONAUTICS LIMITED (HAL)
 Ciudad

Asunto: notificación adjudicación contrato siete helicópteros destinados a FAE

Por medio del presente, notifico a usted señor Representante, que el día 23 de junio de 2008, se adjudicó el contrato para la adquisición de siete helicópteros tipo DHRUV ADVANCED LIGHT HELICOPTER, en condiciones nuevos de fábrica, año 2008 en adelante, a su representada HINDUSTAN AERONAUTICS LIMITED (HAL).

Esta adjudicación no confiere derechos ni obligaciones contractuales, por cuanto el proceso de contratación se perfecciona con la suscripción del respectivo contrato.

Atentamente,
 DIOS, PATRIA Y LIBERTAD,


 HONORABLE JUNTA DE DEFENSA NACIONAL

Este párrafo no debía pasar desapercibido, ya que guarda relación con lo establecido en el numeral 7 del CAPÍTULO V “SELECCIÓN Y ADJUDICACIÓN” de los “DOCUMENTOS PRECONTRACTUALES PARA LA ADQUISICIÓN DE SIETE HELICÓPTEROS DE MEDIANA CAPACIDAD PARA EL ALA DE COMBATE No. 22”, donde se indica textualmente: “**mientras no se suscriba el contrato** por no aprobación del Plenario o Comisión Jurídica del Organismo indicado, la Honorable Junta de Defensa Nacional **no adquiere ninguna responsabilidad ni el adjudicatario podrá reclamar indemnizaciones.**” (Corte Nacional de Justicia, 2016, Juicio No. 17721-2016-0555, expediente de la *Instrucción Fiscal No. 147-2009*, Cuerpo 59, foja 6341) (el énfasis es propio del texto que se cita)

7. En el caso de resultar adjudicada una compañía, mientras no se suscriba el contrato por no aprobación del Plenario o Comisión Jurídica del Organismo indicado, la Honorable Junta de Defensa Nacional no adquiere ninguna responsabilidad ni el adjudicatario podrá reclamar indemnizaciones.

De la cita anterior, se observa que la adjudicación no era suficiente para la contratación, ya que la suscripción del contrato estaba condicionada a la **aprobación del Plenario de la HJDN o de la Comisión Jurídica del Organismo.**

En otras palabras, la adjudicación no otorgaba a la adjudicada el derecho a suscribir el contrato, sino que se generaba una mera expectativa de aquello; ya que, esto estaba condicionado a la aprobación del Plenario de la HJDN o la Comisión Jurídica de la HJDN.

Sobre esto último, se constata en el expediente que la obligación de contar con la aprobación del Plenario de la HJDN o de su Comisión Jurídica no era una cuestión únicamente para este proceso. Por ejemplo, se observa en el expediente del proceso judicial la siguiente resolución (Corte Nacional de Justicia, 2016, Juicio No. 17721-2016-0555, expediente de la *Instrucción Fiscal No. 147-2009*, Cuerpo 105, foja 12527):

5. CONOCIMIENTO Y RESOLUCIÓN SOBRE EL PROYECTO DE CONTRATO NO. 2007-B-035, A SUSCRIBIRSE CON LA EADS CASA, PARA LA REPARACIÓN E INSPECCIÓN DE PARTES CALIENTES (HSI) DEL MOTOR CT-7-9C SERIE NO. GE-E-309130 DEL AVIÓN CASA CN-235-100M PERTENECIENTE A LA FUERZA TERRESTRE.

RESOLUCIÓN:

2008-PLEN-005

EL PLENARIO DE LA HONORABLE JUNTA DE DEFENSA NACIONAL APRUEBA POR UNANIMIDAD, LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO NO. 2007-B-035 CON LA EMPRESA EADS CASA, PARA LA REPARACIÓN E INSPECCIÓN DE PARTES CALIENTES (HSI) DEL MOTOR CT-7-9C SERIE NO. GE-E-309130 DEL AVIÓN CASA CN-235-100M PERTENECIENTE

En resumen, la adjudicación realizada por el Comité de contrataciones de la FAE (por delegación de la HJDN) únicamente generaba a la empresa Hindustan Aeronautics Limited (HAL) la expectativa de suscribir el contrato, siempre y cuando exista la aprobación del Plenario de la HJDN o de la Comisión Jurídica de la HJDN.

Entonces, el acto de adjudicación no implicaba que se pueda disponer de fondos. Por otro lado, el Comité de contrataciones de la FAE no tenía la facultad para disponer de los recursos de la HDJN, ni la posibilidad de hacerlo.

Por lo anterior, se concluye que el Comité de contrataciones de la FAE no causó ni podía causar perjuicio económico con sus actuaciones.

III. CONCLUSIONES

El artículo 257 del Código Penal del Ecuador, vigente en el 2008 (en adelante, CPE) sanciona penalmente el delito de peculado doloso. El verbo rector “abusar” y la infracción del deber de probidad del servidor público exigen la existencia de dolo.

Si bien el CPE ubicaba al delito de peculado dentro de los delitos de violación de los deberes de los funcionarios públicos; se debe tener presente que el deber que se viola es el de probidad. En Ecuador, no se incurría ni se incurre en el delito de peculado al infringir el deber de cuidado (culpa).

El artículo 257 CPE no sanciona conductas culposas. Las conductas culposas de los funcionarios públicos son sancionadas en el ámbito del derecho administrativo sancionador; por lo que, en mi opinión no existen lagunas de punibilidad.

En otra cuestión, no existe una forma culposa del peculado del artículo 257 CPE, que no haya sido tipificada. El principio de probidad hace difícil que este sea vulnerado con conductas culposas.

A manera de información, en el derecho colombiano se encuentra tipificado el peculado culposo, no obstante, este difiere en su tipología con el peculado tipificado en Ecuador. Es importante señalar, que la tipificación de este delito es criticada por ser desmesurada y sancionar con prisión conductas irrelevantes. En Ecuador, sería peligroso y contraproducente tipificar este delito, porque se presta a subjetividades y no cumple con los principios de *ultima ratio* y proporcionalidad.

En resumen, no es posible sancionar a una persona por el delito de peculado, si únicamente se demuestran conductas culposas. El delito de peculado tipificado en el artículo 257 del CPE exige probar la existencia de dolo de primer grado del autor. Además, al ser un delito de resultado, la configuración del delito precisa de la existencia de un perjuicio económico.

Con lo anterior, respecto de la acusación de la FGE en el caso DRHUV, se observa que esta acusó a los miembros del Comité de contrataciones de la FAE de haber infringido el deber de cuidado. Esto se deduce de la acusación de haber adjudicado el contrato “*sin mayor análisis, control, verificación ni observación*” alguna frente al informe presentado por la Comisión técnica, económica y legal de análisis y procesamiento de las ofertas. Entonces, se concluye que FGE acusó al Comité de contrataciones de la FAE por una conducta culposa.

Por otro lado, del análisis de las actuaciones del Comité de contrataciones de la FAE no se observa que sus miembros hayan faltado al deber de probidad. Tampoco se observa en el expediente algún elemento que permita evidenciar la existencia de perjuicio económico.

En conclusión, los miembros del Comité de contrataciones de la FAE no podían ser sancionados penalmente por el delito tipificado en el artículo 257 del Código Penal del Ecuador. Lo anterior, por cuanto no se probó el dolo directo o de primer grado en sus actuaciones, sino que fueron acusados de conductas culposas, las cuales no son concebibles en el peculado del artículo 257 CPE.

IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Albán, E. (2016). *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Parte Especial*. Quito, Ecuador: Ediciones Legales.
- Albán, E. (2016). *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Parte General*. Quito, Ecuador: Ediciones Legales.
- Alvaracín, J. y Echeverría, A. (2022). *Castigo y exclusión en Ecuador desde la teoría criminológica crítica*. En Revista de Derecho FORO. Número 37. Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional.
- Andrade, Z. (2014). *El delito de peculado de las máximas autoridades de los gobiernos autónomos descentralizados, derivado de los procesos de contratación pública*. Trabajo de titulación. Quito, Ecuador: Universidad de las Américas.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1998). *Constitución Política del la República del Ecuador*. Registro Oficial 1 de 11 de agosto de 1998.
- Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Registro Oficial 449 de 20 de octubre del 2008.
- Asamblea Nacional. (2009). *Código Orgánico de la Función Judicial*. Quito: Registro Oficial Suplemento 544 de 09 de marzo de 2009.
- Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014.
- Asamblea Nacional. (2021). *Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en materia Anticorrupción*. Quito: Registro Oficial Suplemento 392 de 17 de febrero de 2021.

- Atienaza, M. y Ruiz, J. (2023). *Ilícitos atípicos: sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*. Madrid, España: Editorial Trotta.
- Bayardo, C. (2009). La responsabilidad penal. *El delito de peculado en Ecuador*. Quito, Ecuador: Universidad Simón Bolívar.
- Camargo, A. (2017). *¿El Peculado Culposo como Tipo Penal en Colombia Desborda los Límites del Ius Puniendi?*. Trabajo de titulación de maestría. Bogotá, Colombia: Universidad Santo Tomás. Disponible en: <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/4008/CamargoAna2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Campaña, P. (2023). *La tipificación del delito de peculado en el Ecuador. Una propuesta expansiva para las conductas culposas*. Trabajo de titulación de maestría. Quito, Ecuador: Universidad de las Américas.
- Cancino, J. y otros. (2019). *Lecciones de Derecho Penal*. Parte Especial. Volumen I. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Cancino, J. y otros. (2019). *Lecciones de Derecho Penal*. Parte Especial. Volumen II. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Cancino, J. (2019). *Delitos contra la Administración Pública*. En José Antonio Cancino y otros. *Lecciones de Derecho Penal*. Parte Especial. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Cid, J. y Larrauri, E. (2001). *Teorías Criminológicas. Explicación y prevención de la delincuencia*. Barcelona, España: Editorial Bosch S.A.
- Congreso Nacional. (1990). *Ley constitutiva de la empresa estatal de aviación transportes aéreos militares ecuatorianos (TAME)*. Quito, Ecuador: Registro Oficial 506 de 23 de agosto de 1990. Derogada.

Congreso Nacional. (2000). *Ley Especial de la Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PETROECUADOR) y sus empresas filiales*. Quito, Ecuador: Registro Oficial 144 del 18 de agosto de 2000. Derogada.

Congreso Nacional. (2002). *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*. Quito, Ecuador: Registro Oficial suplemento 595 de 12 de junio de 2002.

Corte Constitucional del Ecuador. (2019). Caso No. 5-13-IN y acumulados. *Sentencia de 2 de julio de 2019*.

Corte Constitucional del Ecuador. (2020). Caso No. 261-14-EP. *Sentencia de 4 de marzo de 2020*.

Corte Constitucional del Ecuador. (2023). Caso No. 1364-17-EP. *Sentencia de 21 de junio de 2023*.

Corte Interamericana sobre Derechos Humanos. (2010). Caso Vélez Loor Vs. Panamá. *Sentencia de 23 de noviembre de 2010*.

Corte Nacional de Justicia. (2015). Juicio No. 1611-2014. *Resolución del Recurso de casación de 8 de julio de 2015*. Quito, Ecuador. Disponible en: https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/sala_penal/2015/RESOLUCION%20RECURSO%20CASACION%20NO.%201611-2014-PECULADO.pdf

Corte Nacional de Justicia. (2016). Juicio No. 17721-2016-0555. *Caso DRHUV*.

Corte Suprema de Justicia. (2001). Sala de lo Contencioso Administrativo. Expediente de casación 49. *Resolución del recurso de casación de 13 de febrero de 2001*. Quito, Ecuador: Registro oficial 330 de 21 de mayo de 2001.

Corte Suprema de Justicia. (2001). *Sentencia de 17 de octubre de 2001*. Quito, Ecuador: Gaceta Judicial. Año 2001. Serie 17. No. 7.

- Corte Suprema de Justicia. (2003). Expediente de casación 323. *Resolución del recurso de casación de 4 de julio de 2003*. Quito, Ecuador: Registro oficial 178 de 26 de septiembre de 2003.
- Corte Suprema de Justicia. (2003). Expediente de casación 546. *Resolución del recurso de casación de 17 de diciembre de 2003*. Quito, Ecuador: Registro oficial 313 de 14 de abril de 2004.
- Corte Suprema de Justicia. (2004). Juicio No. 470-2003. *Resolución del recurso de casación de 16 de septiembre de 2004*. Quito, Ecuador: Gaceta Judicial. Año 2004. Serie 18. No. 1.
- Cevallos Vallejo, J.N. y Espín Duque, K.J. (2021). *La intervención de los sujetos privados en el delito de peculado: ¿Coautores?.* *USFQ LAW REVIEW, Volumen VIII, Núm. 1,* 237 – 258. Disponible en: <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/lawreviewz/article/view/2192/2397>
- Donoso, A. (2008). Derecho Penal. *Delitos contra el Patrimonio y contra los recursos de la administración pública*. Quito, Ecuador: Cevallos editora jurídica.
- Duce, M. (2013). *Errores del sistema y condena de inocentes: nuevos desafíos para nuestra justicia penal acusatoria*. En Decap, M., Duce, M., Moreno, L. y Sáez, J. *El modelo adversarial en Chile. Ponencias sobre su implementación en la reforma procesal penal*. Santiago, Chile: Thomson Reuters.
- Fabra Zamora, J. y Spector, E. (2015). *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. México, México: Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3876-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-tres>

- Ferrante, M. *Filosofía del Derecho Penal*. En Fabra Zamora, J. y Spector, E. (2015). Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho. México, México: Universidad Nacional Autónoma de México. Disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3876-enciclopedia-de-filosofia-y-teoria-del-derecho-volumen-tres>
- Ferrer, J. Coordinador. (2022). *Manual de razonamiento probatorio*. Ciudad de México, México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Francés, P. (2023). *La gestión del miedo como instrumento político*. En: La cultura del castigo: Una mirada crítica. Núm. 41. Barcelona, España: Instituto Catalán Internacional para la Paz.
- Gómez, M. (2006). *Los delitos especiales*. Barcelona, España: Edisofer.
- Gómez, M. (2014). *Los delitos especiales y el art. 65.3 del Código penal español*. En: Ricardo Roble Planas (Director). *La responsabilidad en los "Delitos Especiales"*. Montevideo, Uruguay: Editorial IB de f.
- González, D. (2018). *Tres modos de razonar sobre hechos (y algunos problemas sobre la prueba judicial planteados a partir de ellos)*. En Vázquez, C. (Coordinadora). *Hechos y razonamiento probatorio*. Buenos Aires, Argentina: Editores del Sur.
- Gutiérrez, G., Rodríguez M. y Gallego, M. (2010). *El papel de los medios de comunicación actuales en la sociedad contemporánea española*. Bogotá: Colombia: Pontificia Universidad Javeriana. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=86020052017>
- Huilcarema, H. (2022). *La criminalización mediática en el Ecuador y el principio de imparcialidad de los jueces*. Trabajo de titulación. Riobamba, Ecuador: Universidad Nacional de Chimborazo.

- Jakobs, G. (1997). *La imputación objetiva en el Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ad – Hoc.
- Marqués I Banqué, M. (2017). *Problemas de legitimación del Derecho penal del miedo*. En: *Política criminal*. Vol. 12, No. 24. Santiago, Chile: Universidad de Talca. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_24/Vol12N24A2.pdf
- Mir Puig, S. (2011). *Derecho Penal*. Parte General. Barcelona, España: Editorial Reppertor.
- Montiel, J. (2003). *Criminalística*. Tomo 1. México, México: Editorial Limusa S.A.
- Muñoz, Ll. (2016). *La prueba de indicios en el proceso judicial. Análisis para juristas, detectives, periodistas, peritos y policías*. Madrid, España: Wolters Kluwer.
- Nava, A. (2021). *El populismo punitivo y los personajes de la criminología mediática*. En *Revista Penal México*. Núm. 18, enero – junio de 2021. Ciudad de México, México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- Nieva, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Oyarte, R. (2019). *Derecho Constitucional*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Oyarte, R., Quintana, I. y Garnica-Gómez, S. (2020). *Práctica Procesal Constitucional*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Penilla, A. (2018). *El bien jurídico en el Derecho penal económico*. Madrid, España: Elece Industria Gráfica, S.L.
- Polaino-Orts, M. (2014). *Funcionalismo normativo. Bases dogmáticas para el nuevo Sistema de Justicia penal. Tomo I. Fundamentos y función del Derecho penal*.

México, México: Centro de Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Criminológicas.

Raniero, Ch. (2023). *Fundamentación probatoria e inferencia epistémica. Diversas estrategias para refutar máximas de la experiencia utilizadas en argumentos probatorios*. En Cafferata, J. (Director). *Novedades del recurso de casación penal. Aportes directos e incidentales*. Córdoba, Argentina: Advocatus.

Rodríguez, F. (2023). *Curso de Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Introducción al Derecho Penal*. Quito, Ecuador: Editorial Cevallos.

Rodríguez, F. (2022). *Curso de Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Teoría del Delito*. Quito, Ecuador: Editorial Cevallos.

Rodríguez, F. (2021). *Curso de Derecho Penal. Parte General. Tomo III. Teoría de la Pena*. Quito, Ecuador: Editorial Cevallos.

Roxin, C. (2014). *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. CIVITAS*.

Taruffo, M. (2005). Segunda edición. *La prueba de los hechos*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid, España: Editorial Trotta S.A.

Tiedemann, K. (1991). *Constitución y Derecho Penal*. En *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 11. Núm. 33. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.

Tuzet, G. (2021). *Filosofía de la prueba jurídica*. Traducción de Diego Dei Vecchi. Madrid, España: Marcial Pons.

Universidad de las Américas. (2022). *Crisis carcelaria: Análisis, crítica y propuestas*. *Revista de Estudios Jurídicos "Cálamo"*. Núm. 17. Quito, Ecuador: Universidad de las Américas.

Vázquez, C. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid, España: Marcial Pons.

Zaffaroni, E. (2007). *Manual de Derecho Penal. Parte General. Segunda Edición*. Buenos Aires, Argentina: Ediar.