

# **Universidad de las Américas**

Facultad de ciencias jurídicas

## **La Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica en el Delito del Peculado Bancario**

Trabajo de titulación presentado en conformidad con los requisitos para obtener el título de abogado

Profesor Guía: Dr. Arturo Donoso Castellón

**Gabriel Ponce Hernández**  
**2006**

## Resumen

El presente trabajo consiste en un estudio realizado sobre la capacidad penal que pudiera llegar a tener una persona jurídica en determinado momento de su vida, gracias a la intromisión de las personas naturales en el trayecto de la actividad ordinaria de la mismas, mediante la adopción de decisiones de Junta General de Accionistas y demás órganos de administración sobre curso legal que ésta desempeña en su vida útil; es decir, a partir de las decisiones maliciosas y dolosas que adopten los miembros directivos de la empresa, ésta se verá afectada por considerársela como de voluntad autónoma. Esto es lógico por cuanto la persona jurídica es independiente a las personas naturales que la conforman.

Pretendo, con este trabajo demostrar la necesidad de regular penalmente las actividades en las que las personas jurídicas se vinculen, toda vez que como los últimos acontecimientos lo demuestran, las personas jurídicas, llámese compañías anónimas has sin instrumentos para la práctica de hechos delictivos que han alterado el convivir social de la comunidad.

Dentro del contexto de los delitos en que pueden estar participando las personas naturales, es que se ha visto la necesidad de levantar el velo social de la compañía para poder hacer que el brazo de la justicia llegue hasta los mismos mentalizadores de los hechos dañosos de la sociedad, evitando que éstos se escuden detrás de la persona jurídica incriminándola a ésta y salvando su torcida reputación.

El peculado bancario entra en discusión cuando se examina la culpabilidad de la persona jurídica y de sus mentalizadores, quienes hacen uso de las instituciones financieras para desvirar o distraer fondos del público logrando enriquecer sus bolsillos, los del mismo banco o los de terceros, circunscribiéndose un delito diferente al hurto o robo, pero configurándose el mal llamado peculado bancario.

## Índice

Pág.	
	Introducción..... 6

### Capítulo I La persona jurídica

1.	La Persona Jurídica como ficción del Derecho.....7
2.	Finalidad Social para la cual fue creada la persona jurídica..... 9
3.	La persona jurídica como medio de provecho de los accionistas...11
4.	Responsabilidad civil de la persona jurídica ¿pueden los accionistas considerarse como autores solidarios del delito de peculado bancario cometido por la compañía?..... 22

### Capítulo II

#### La responsabilidad de la persona jurídica dentro del delito de peculado bancario

5.	Teorías de la responsabilidad penal de la persona jurídica..... 40
5.1.	Teoría de la ficción..... 41
5.2.	Teoría de la personalidad real..... 42
5.3.	Teoría de la institución..... 43
5.4.	Teoría de la responsabilidad refleja.....44
6.	Breves antecedentes y definición de peculado Bancario.....49
6.1.	Dignatario: Definición..... 57
6.2.	Funcionario Público: Definición..... 58
6.3.	Empleado Público: Definición..... 58

7. Imputabilidad de la persona jurídica que por el delito de peculado bancario se comete en su nombre.....	62
8. Teoría de sobre la responsabilidad penal que tiene la institución financiera por el uso arbitrario o fraudulento de los bienes depositados en sus cuentas. (Delito de Peculado Bancario).....	77
8.1. Sujetos del delito de peculado bancario.....	78
8.1.1. Sujeto activo.....	78
8.1.2. Sujeto pasivo.....	79
8.2. Conducta.....	80
8.3. Objeto.....	81
8.3.1. Objeto jurídico.....	81
8.3.2. Objeto material.....	82
9. Es la persona Jurídica susceptible de ser sujeto punible por la ley penal en consecuencia del hecho ilícito de peculado bancario?.....	82
10. Responsabilidad penal de la persona jurídica frente a la responsabilidad civil derivada del delito de peculado bancario.....	83
11. La acción civil y penal frente al mismo hecho ilícito.....	86
12. ¿Existe violación al principio constitucional y penal del Non bis in Idem?.....	87

## **Capítulo III**

### **Los accionistas y administradores de la compañía como autores intelectuales**

13. La responsabilidad de los accionistas y administradores de la compañía frente a terceros perjudicados por la toma de decisión y ejecución del hecho ilícito perfeccionado a través de la persona jurídica..... 89
14. Sanción penal para los accionistas y administradores de la compañía por delito de peculado bancario, paralela a la sanción civil que les corresponde por ser solidariamente responsables con la compañía..... 93
15. Probable peculado para los Administradores..... 94
16. Penas alternativas para los accionistas y administradores de la compañía a cambio de la sanción privativa de libertad..... 101

## **Capítulo IV**

### **Conclusiones y Recomendaciones**

17. Conclusiones y recomendaciones.....103
- Bibliografía..... 107

## Introducción

Este trabajo se divide en dos partes principales que son: La responsabilidad penal de la persona jurídica y el peculado bancario, uniendo los dos puntos principales al final de la obra y configurando una teoría que puede llegar a trascender en el mundo del derecho.

La obra sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica dentro del delito de peculado bancario, como su nombre lo indica es un trabajo que intenta introducirse en el aspecto legal de las empresas, sociedades anónimas principalmente, para demostrar que por medio de éstas las personas naturales tiene acceso a un sin número de posibilidades de cometer delitos sin que puedan ser sancionados por la ley.

Las instituciones financieras, por ley deben ser sociedades anónimas, por lo que son susceptibles de ser instrumentos de las personas naturales para el cometimiento de hechos ilícitos como lo es el peculado bancario, que como verán conforme transcurre el progreso del presente trabajo, la denominación de peculado bancario es equivocada por cuanto el peculado es un delito que atenta contra la confianza de la administración pública, por tanto no se lo puede entender como robo, ni como delito común contra la propiedad, sino que es un delito contra la administración pública, situación que no se compara con el desvío o distracción de los fondos depositados en una institución financiera pública o privada.

Determinaremos la existencia del delito peculado bancario, pero no en la forma como se ha hecho pensar a la sociedad que se presenta, sino como un delito que atenta al orden económico social, que es muy distinto al hurto o robo que se nos ha hecho creer que es tras los trastornos causados a los depositantes quienes confiaron en la fiabilidad y seguridad que los bancos y/o instituciones financieras no hicieron pensar que eran.

## **Capitulo I**

### **La persona jurídica:**

#### **1. La persona Jurídica como ficción del Derecho:**

La denominación de persona jurídica, como su entrada al modelo de vida de los seres humanos, se da gracias a que el legislador encontró con la necesidad de crear una especie de paralelismo respecto de la persona moral o humana, que le atribuya a esta de los medios requeridos para mantener una actividad económica productiva distinta de la de su creador, la persona natural.

Aquella necesidad imperante en el campo civil, en primer lugar, es que, se entiende de la importancia de regular las actuaciones del grupo de personas asociadas en una suerte de compañía, fundación, corporación, etc..., que buscaban finalmente la persecución de réditos económicos independiente a la del patrimonio de cada uno de los asociados; de ahí, el Código Napoleónico, fue el primero en dar vida a estas instituciones de difícil comprensión para muchos autores y tratadistas antiguos.

La entrada en vigencia de dicho Código Napoleónico, los países latinos en su mayoría adoptaron el modelo impuesto y lo acoplaron a cada una de sus realidades actuales. De tal hecho, es que se lo tiene como antecedente para los estudios que a futuro se hacen sobre el derecho civil.

Vale recalcar, que de este campo se desprende la figura comercial de la compañía, término jurídico que se utilizará para lo que en adelante se va a desarrollar.

Es necesario hacer esta distinción porque el tema que nos ocupa es, sobre todo, una injerencia penal en el campo mercantil mas que dentro del campo de lo civil, sin embargo que, para descifrar el nacimiento de la persona jurídica, debemos inmiscuirnos de la fuente que le dio luz y existencia.

Como no podía ser de otra forma, el Ecuador también adoptó las raíces de predicho Código Civil, aunque el nuestro deviene directamente del de Andrés Bello, destacado jurista que implementó en América su Codificación Civil.

Nuestro Código Civil, en su artículo 564 de la última codificación, define a la persona jurídica bajo los siguientes términos: "...Una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente"

La definición traída a análisis, se desprende sin mayor esfuerzo que la interpretación literal del texto, que las personas jurídicas son entes ideales por no ser reales, con personalidad jurídica diferente a la de sus miembros, por lo tanto capaz de ejercer derechos y obligaciones e incluso, aunque existen detractores, capaces de cometer delitos; tiene autonomía propia y recursos propios para su desenvolvimiento y sobrevivencia, aunque su vida útil concluye cuando llega a cumplir la finalidad para la cual fue constituida. Este último punto también puede ser tema de discrepancias.

Dice Guillermo J. Borda en su libro titulado la persona jurídica y el corrimiento del velo societario, que "son tal factor de poder que muchas de las decisiones que estas empresas toman, definen políticas mundiales.... Los términos persona y "personalidad jurídica" están íntimamente vinculados a factores de poder e intereses"<sup>1</sup>

La persona jurídica para poder actuar necesita de un Representante legal quien la represente en materia legal, judicial y extrajudicial. Caso contrario, sus actuaciones son de nulidad relativa; de ahí nace la incapacidad relativa que reza el inciso 2do del artículo 1463 del Código Civil

---

<sup>1</sup> BORDA, Guillermo Julio, "La persona jurídica y el corrimiento del velo societario", Abeledo- Perrot, Buenos Aires, Página 12



Por la necesidad de una mejor regulación, y por encontrar que las materias sobre las cuales se desarrollaba la persona jurídica era diferente a la naturaleza civil, fue que el legislador consideró prudente llevarla al campo mercantil y regularla especialmente bajo sus diferentes figuras que se fueron creando a lo largo del tiempo.

## **2. Finalidad social para la cual fue creada la persona jurídica**

Como se dijo en líneas precedentes, nace la persona jurídica bajo el concepto de compañía por la necesidad jurídica de los negocios mercantiles y civiles que se venían produciendo en razón de una actividad económica en especial.

De tal necesidad, es que las personas, por facilitar los actos jurídicos que habitualmente desempeñaban, por verse escaso en recursos y posibilidades físicas en ampliar su campo de acción, se reúnen en sociedad varios individuos y constituyen una persona jurídica bajo los parámetros y regulaciones impuestas por el legislador.

La persona jurídica que es una sociedad o compañía nace de la voluntad de personas con plena capacidad para contratar o de aquellas personas incapaces relativas que tiene su representante legal que actúa a su nombre para la celebración de todo acto jurídico.

Debemos entender al acto jurídico como una “declaración de voluntad de una o más partes dirigidas a un fin práctico, reconocido y protegido por el derecho subjetivo”<sup>2</sup>; es decir, que el acto jurídico por el cual se da nacimiento a una sociedad sea esta civil o mercantil, proviene de un contrato celebrado entre los futuros socios o accionistas, quienes por el hecho de expresar su voluntad siguiendo las normas jurídicas establecidas para el efecto, dan vida legal a su compañía, previa la aprobación de la misma por parte de las entidades de control

---

<sup>2</sup> ALESSANDRI R, Arturo y otros, “Tratado de Derecho Civil partes preliminares y general”, tomo 2, Editorial Jurídica de Chile, primera Edición, año 1998, página 170.

existentes en los Estados, entidades que son las encargadas de velar por el cumplimiento de la Ley, y de que éstas sean constituidas bajo un objeto social lícito y jurídico.

Para abundar más sobre el tema, el autor chileno Luis Morand Valdivieso, en su libro titulado “SOCIEDADES” define a la “sociedad o compañía como un contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan”<sup>3</sup>

La ley que regula los contratos en general dentro del Ecuador es el Código Civil, y de éste podemos apreciar que en nuestra legislación se utiliza también el término de acto como un sinónimo de negocio jurídico o eufemismo de declaración de voluntad. Así en el título 2 del libro 4to habla de los actos y declaraciones de voluntad y define al contrato, en el artículo 1454 como el **“acto por el cual una parte se obliga con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”** (el énfasis es mío)

En este acto, es que los comparecientes deben mostrar absoluta voluntad en la constitución de dicha sociedad; siendo requisito para ello que los interesados sean capaces absolutos, facultando la ley de que en caso de ser incapaces relativos puedan comparecer a través de un representante legal. El contrato debe contener un objeto lícito, como una causa lícita.

“El objeto del contrato se reduce, en última instancia, al objeto sobre que recae la prestación de una obligación, esto es, una cosa material, inmaterial, o una conducta, es decir, un servicio, un hecho o una abstención”<sup>4</sup>. Nuestro Código Civil sigue esa teoría al decir, en su artículo 1476 que, “toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer.” El mismo artículo nos deja un ejemplo al decir que “el mero uso de la cosa o su

---

<sup>3</sup> MORAND VALDIVIESO Luis, “Sociedades”, Editorial Jurídica de Chile, primera Edición, año 1995, página 16.

<sup>4</sup> ALESSANDRI R, Arturo, Op. cit, página 256.

tenencia puede ser objeto de la declaración”. Lo dicho nos arroja como resultado que el objeto es la esencia del contrato, su contenido y su forma jurídica. Viéndolo desde la perspectiva mercantil, particularmente en la constitución de una compañía, el objeto constituiría la estructura del contrato, su formación jurídica.

La causa, a su vez, constituye “el fin inmediato y directo que se propone alcanzar una persona al obligarse. Así como el objeto es lo que se debe, la causa es la razón, el por qué se debe”<sup>5</sup>. Es decir, de lo anotado, se puede obtener que la causa en un contrato de constitución de una sociedad civil o comercial, es el afán de lucro, como dice el autor Luis Morand Valivieso, es **“repartir entre sí los beneficios que de ello provenga”**<sup>6</sup> (el énfasis es mío)

Guillermo J. Borda se refiere al contrato societario como “realidad jurídica, que la ley reconoce como medio técnico para que un grupo de individuos pueda realizar el acto lícito que se propuso, sirviendo a los fines que los inversores, accionistas y socios se proponen (acumular una masa de capitales con el objeto de establecer un poder jurídico en manos de un sujeto de derecho “no visible” y con el fin de obtener utilidades o dividendos o bien para alcanzar economías en el consumo, en la producción, en el crédito, en la distribución como en las cooperativas”<sup>7</sup>

### **3. La persona jurídica como medio de provecho de los accionistas**

“Las personas jurídicas, que son el género, y en especial, las sociedades anónimas y fundaciones que son la especie, fueron concebidas y creadas para la consecución de objetivos tales como el crecimiento económico, la producción de bienes y servicios, la proyección y ejecución de grandes proyectos empresariales, emprendimientos con fines filantrópicos, culturales, etcétera, que la persona individual como tal no podía realizar, o bien porque no contaba con los recursos suficientes ( tanto humanos como económicos), o bien porque era necesaria la confluencia de grupos de personas, para que con el esfuerzo conjunto, hicieran

---

<sup>5</sup> Ibid, página 280.

<sup>6</sup> MORAND VALDIVIESO, Luis, Op., cit, Página 16

<sup>7</sup> JULIO BORDA, Guillermo, Op. cit., página 12

posible su concreción. Pero lo que es evidente es que, cuando fueron concebidas, no lo fueron para que a través de ellas se eludiera el cumplimiento de las obligaciones fiscales, se las utilizara para marginar a los herederos de su legítima, fueran un medio para eludir y burlar el régimen de gananciales, para disimular patrimonios, para obtener ventajas impositivas, para defraudar al fisco, a terceros, en fin, para que fueran un medio legal para infringir la ley”<sup>8</sup>

Se refleja de los acontecimientos históricos conocidos por todos, los hechos más aberrantes sucedidos sobre las economías de los Estados, se lo ha perpetrado a través de las figuras de la persona jurídica, en distintos modos y escalas.

Por ejemplo, se puede tomar como referencia cierta y verídica, respecto de la mundialización del crimen organizado, al caso que fue motivo de discusión y análisis por varios personajes de la televisión de talante internacional, como el periodista Andrés Oppenheimer, presentador de la cadena de noticias de CNN, quién en su libro “Ojos vendados” detalla analíticamente el escándalo de corrupción en el que se vio involucrada la compañía Estadounidense IBM con el contrato de modernización de todo el sistema informático de Banco Nación de la República de Argentina, dentro del cual, se subcontrato a una compañía fantasma denominada CCR, subsidiaria de una empresa de uno de los altos funcionarios del gobierno de Menem; compañía que tenía como función, filtrar enormes cantidades de dinero para sobornar a todos los funcionarios que participaron en la preparación de las bases para el concurso y de quienes intervenían como los encargados de calificar las propuestas presentadas por las compañías concursantes. Como era de esperar, gana IBM.

Dentro de este escándalo de corrupción se vio también involucrada, aunque en menor medida, la compañía auditora Deloitte & Touch, la empresa que estaba

---

<sup>8</sup> Ibid, páginas 19-20

encargada de auditar el proceso de calificación de las empresas oferentes, sin poner reparo alguno sobre la propuesta de la IBM.

No sólo que se perfecciono un cuadro de corrupción de enormes escalas dentro de la Argentina, sino que todo el dinero de los sobornos pasó al mercado financiero de los Estados Unidos de América, concretamente, al CityBank de Nueva York, banco que recibía los depósitos provenientes de los Bancos latinoamericanos a través de la banca off shore del Caribe. Banca Off shore, que por cierto, también eran empresas fantasmas, que no tenían otro fin de hacer que se pierda el rastro del dinero.

IBM de Estados Unidos estaba al tanto de lo sucedido, al fin y al cabo, el contrato era de jugosa suma de trescientos millones de dólares que beneficiaba directamente a la matriz de la empresa norteamericana.

En conclusión no paso mayores aprietos IBM USA, por cuanto no se determino una conexión entre los hechos acontecidos en Argentina, con su filial. Había muchos intereses detrás de esto para matriz IBM.

De lo que se deduce del caso relatado, a breves rasgos, considero que de lo que sucede en beneficio de la empresa, repercutirá directamente a los accionistas de la misma, para su propio beneficio o no.

Dentro del ámbito penal en el cual pueden encontrarse las personas jurídicas no es solamente en casos como el del ejemplo, aunque la mayoría de corporaciones o sociedades anónimas de grades capitales, actuarán como el caso IBM, otros medios ilícitos de peores magnitudes, tales como el acaparamiento, la especulación, boicot, etc... y esto a niveles mundiales.

Sin embargo de lo anterior, vale recalcar, dentro del tema de estudio, en relación a los accionistas con respecto al beneficio que perciben directamente de la actuación ilícita de la persona jurídica, podemos encontrar casos más

espeluznantes pero reales como en las actividades que se desarrollan en el mercado subterráneo. Como señala David Baigún en su libro “La responsabilidad de la persona jurídica, define al mercado subterráneo como *“el conjunto de actividades económicas que se realizan al margen de la legislación penal, social, fiscal, que escapan al control del aparato legitimado; son prácticas que abarcan desde el fraude fiscal o el trabajo clandestino hasta la prostitución o el juego ilegal”*<sup>9</sup> ( lo cursivo es mío)

Dentro del contexto del análisis, las economías subterráneas, en razón de la definición que nos da David Baigún, entendemos que es muy fácil para una persona natural, entendida a esta como accionista de la compañía, usar a la misma en una suerte de escudo para la práctica ilegal de sus intenciones dolosas sobre terceras personas; en efecto, es sencillo utilizar la empresa para hacer actividades ilegales bajo el disfraz de la razón social de la empresa y del objeto social de la misma.

La empresa podrá dedicarse no solo al objeto social de la misma, sino, al lavado de dinero proveniente del tráfico de sustancias psicotrópicas o estupefacientes, bajo una denominación distinta a la de la persona jurídica legalmente constituida, vinculando directamente a ésta en ese negocio ilegal, mas no a sus accionistas; al menos se supone que es lo que se busca de la empresa, realizar negocios fuera de la ley y no responsabilizarse de los hechos porque el autor intelectual y material del ilícito, es la persona jurídica.

Los accionistas de la empresa, que son los principalmente beneficiados de los réditos económicos que genera la persona jurídica dentro del negocio torcido ajeno a los parámetros impuestos por las leyes, no se encuentran afectados personalmente, cada uno de ellos, toda vez que la responsable, como queda dicho, es la persona jurídica, y sobre la cual debe recaer todo el peso de la ley.

---

<sup>9</sup> BAIGUN, David, “Responsabilidad de la persona jurídica”, ediciones Desalma Buenos aires, 2000,Pág. 17

El Ecuador como sujeto de derecho internacional que es, y como miembro de la comunidad internacional preocupada del crecimiento descontrolado de las organizaciones criminales internacionales, es parte del Convenio de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, cuya finalidad nos otra cosa que “promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional”<sup>10</sup>.

La citada convención, en su artículo 10 reconoce la responsabilidad de las personas jurídicas, razón por la cual en sus numerales que la integran, facultan a cada Estado a adoptar las medidas que sean necesarias (...) a fin de establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por participación en delitos graves en que esté involucrado un grupo delictivo organizado (...).

La responsabilidad de la persona jurídica podrá ser de **índole penal**, civil o administrativa, sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que hayan perpetrado los delitos.

El Estado Ecuatoriano, refiriéndose indirectamente a ésta convención y otras tantas de las cuales es parte, promulgó la Ley 12-2005 que fue publicada en el Registro Oficial 127 de 18 de Octubre de 2005, que persigue reprimir el lavado de activos cuya finalidad es a decir del artículo 1 de la Ley, “prevenir, detectar, sancionar y erradicar el lavado de activos en sus diferentes modalidades”.

El lavado de activos debe entenderse como un “adecuado proyecto de inversión del fruto del delito lo que sugiere contar con cómplices dispuestos a ocultar tales recursos y encubrir el camino que dichos dineros deben seguir, con el objeto de tratar de eludir la acción estatal”<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Artículo 1 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia organizada Transnacional, publicada en el Registro Oficial 197 de 24 de octubre de 2003.

<sup>11</sup> HERNÁNDEZ Q, Hernando A. “Los delitos económicos en la actividad financiera”, Tercera Edición, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, año 2005, Página 511.

“En términos sencillo, el lavado de dinero consiste en el proceso de ocultamiento de dineros de origen ilegal en moneda nacional o extranjera y los subsiguientes actos de simulación respecto de su origen, para hacerlos aparecer como legítimos”<sup>12</sup>

A manera de nota informativa, tomando cifras del citado autor, “a nivel mundial se lavan anualmente US\$ 300 mil millones. Jean Ziegler, en su libro suiza lava más blanco, deja sentado que <Lavados e invertidos según técnicos procedentes de un conocimiento exacto de los circuitos financieros y fiscales del mundo entero, los beneficios de la droga representan hoy un mercado fantástico que se cifra en una suma situada entre trescientos y quinientos mil millones de dólares por año”<sup>13</sup>.

De la simple lectura de aquellos términos numéricos, no deja de sorprender la demora de nuestros legisladores en dictar una ley que, primero tipifique el delito de lavado de dinero y luego sanciones penalmente esta actividad ilícita.

A pesar de aquello, el Ecuador no cuenta con una ley que castigue duramente a las personas jurídicas que se encuentran entramadas en actividades fuera del comerciό legal, creando de esa forma un marco de impunidad que libra a éstas como a sus accionistas y administradores, de recibir las penas que les correspondería por las conductas criminales emprendidas.

A mi parecer esta ley no es lo suficientemente rigurosa como debería ser, tenemos unas normas claras que determinan las conductas típicas, antijurídicas, culpables y punibles que van a intentar desarticular los grupos organizados que se aprovechan del daño ajeno para beneficiarse.

La ley para reprimir el lavado de activos, en su artículo 3, regula la actividad financiera: bancaria y de seguros, estableciendo una serie de obligaciones que

---

<sup>12</sup> Ibid, Página 517.

<sup>13</sup> Ibid, Página 512



estiman necesarias cumplir y entre las que se encuentran disposiciones muy rigurosas, en cuanto a información que deben proporcionar a las autoridades competentes, contra las personas naturales y Jurídicas clientes de bancos o instituciones del sistema financiero.

Resulta importante en virtud de que la mayoría de lavado de activos, pasa por las instituciones financieras y por el mercado de valores, sector al cual esta ley también llega.

El artículo 18, protege al ciudadano o persona jurídica acusada falsamente, entiéndase con dolo, de lavar activos, con prisión de uno a tres años. Tal vez lo más conveniente es en este caso, habría sido que la pena no sea de prisión sino de reclusión por las consideraciones legales que ello implica.

A pesar de que la ley si da alcance a las personas jurídicas en el numeral 2 literal b) y numeral 3 literal b) del Artículo 15 que trata de las penas de delitos de lavado de activos, en el que se imponen penas de reclusión a quienes utilicen personas jurídicas ya constituidas o que se constituyan nuevas sociedades o empresas con el fin de delinquir, no es suficiente su acción coercitiva por cuanto los sancionados por esta ley llegan a ser los accionistas u administradores, razón por la cual desde el punto de vista de la teoría de la acción, la responsable penalmente debería ser la persona jurídica como persona capaz de adquirir derecho y asumir obligaciones al igual que cualquier persona natural; de lo contrario, existiría desigualdad ante la ley frente al trato entre las unas y las otras, quedando en la impunidad aquellas.

Ante esta realidad, deberíamos entender que las sanciones manifestadas en dicho artículo prevén la posibilidad de aplicar el principio doctrinario del levantamiento del velo societario, figura legal que se encuentra bien determinada en las familias jurídicas del comon law, particularmente en los Estados Unidos.

Por levantamiento del velo societario debe entenderse la forma excepcional de penetrar en el interior de la persona jurídica cuando a través de ella se abusa del derecho. La jurisprudencia española se ha referido sobre la perspectiva material del levantamiento del velo: “Dados los elementos mencionados, evidentemente el deudor formal lo será la persona jurídica, pero el deudor en sentido material lo es sólo la persona física, que, además, se ha servido de la personalidad jurídica abusando de la misma y con el fin exclusivo de ocultar la situación deudora y eludir sus responsabilidades. A este fraude debe reaccionarse también desde la perspectiva del derecho penal”<sup>14</sup>. Es decir, el levantamiento del velo societario tiene su función en desnudar la realidad, no de la persona jurídica, sino de quien se encuentra detrás de esa pantalla y develar la realidad financiera, tributaria, legal de las actividades que desarrollaba bajo dicho velo.

Me refiero a que el Artículo 15 de la ley para reprimir el lavado de activos, servirá para alcanzar a quienes utilizando indebidamente, haciendo abuso del derecho, a las persona jurídicas, para ocultar negocios ilegales, sea cuales fueren, responsabilizarles personalmente, es decir, por sus propios derechos, debiendo responder materialmente ante la sociedad por los daños causados en su accionar doloso; sin embargo, habiendo pena para la persona física quién se oculta detrás de una realidad societaria, no existe ningún tipo de sanción a ésta, la persona jurídica, a pesar de que es ella, como persona independiente, con derechos y obligaciones, la que realizó por cuenta ajena todo tipo de actos ilícitos, civiles, penales o administrativos, no responde por su dolo, negligencia, etcétera. Desde el punto de vista penal, la sanción que debería atribuírsele, es la de su cancelación por orden judicial, conforme lo veremos mas adelante.

Volviendo al tema referente a las economías subterráneas, similares a las señalas, es el mercado ilegal, el cual, en boca de David Baigún son “*los bienes lícitos intercambiados ilegalmente y bienes directamente ilícitos*”<sup>15</sup> ( lo cursivo es mío)

---

<sup>14</sup> GARCIA CAVERO, Percy, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes”, ARA Editores, primera Edición, año 2002, Páginas 441-442.

<sup>15</sup> BAIGÚN, David Op. cit., Página. 17

Este mercado también ilícito, diferente de las economías subterráneas como se puede distinguir fácilmente, es también conocido como las economías paralelas que *“aparecen como una estructura creada en respuesta a una intervención gubernamental que genera una oferta o una demanda excesiva de un bien o de un factor de producción; el jurídico que rige el intercambio influye en la formación de precios, el nivel de producción y, consecuentemente, la calidad de vida. En estas condiciones, la oferta y la demanda acuden a canales ilegales de transacción para eliminar el control jurídico o económico. El bien que se intercambia en el mercado paralelo es legal, o dicho de otro modo, puede ser adquirido tanto en el mercado legítimo como en el paralelo sólo con diferencias de precios”*<sup>16</sup> (lo cursivo es mío)

Esta explicación, que creí necesario incorporar a este trabajo para dejar mejor detalladas las diferencias existentes entre el mercado paralelo con las economías subterráneas, quedan debidamente delimitadas para evitar confusión sobre estos conceptos que tal vez no son nuevos dentro del estudio especializado, pero si lo son para todo el resto que no está familiarizado con estas actividades que son tan comunes en nuestro medio.

A manera de analogía, o mejor , ejemplo real que vemos todos los días y del cual estamos tan acostumbrados que no se hace nada, son la venta de CD's piratas en cada esquina de nuestra ciudad. Me permito poner un ejemplo creado de mi imaginación para mejor entendimiento de cómo los accionistas de una corporación o Sociedad Anónima pueden sacar enormes ganancias haciendo uso de estas actividades de economía paralela, sin perjuicio de que éste ejemplo sea real y no tengamos un conocimiento certero al respecto: la misma empresa arriba expuesta, legalmente constituida, que se dedica a sus actividades determinadas en el objeto social, presenta sus balances dentro de los tres primeros meses de cada años, paga sus impuestos puntualmente, es decir, al parecer diríamos que se trata de una empresa ejemplar. Sin embargo de ese disfraz que tiene a todos engañados,

---

<sup>16</sup> Ibid, Página. 17

por voluntad de sus accionistas, decide emprender un negocio muy rentable: distribución de discos de música y películas no originales, sino simples copias pero sin autorización o licencia de sus productores, a través de tiendas de ventas de sus originalidades o mejor!!!, a través de vendedores ambulantes, a quienes se les paga un pequeño porcentaje de las ventas que los mismos produzcan y el resto va directamente a las arcas de la empresa y por consiguiente al bolsillo de los accionistas de esta compañía; de todas formas se deben ingeniar algún sistema de lavado de dinero, ya que esta actividad, como dice el autor al que hago referencia, es un evidente hecho de actividad económica paralela.

El ejemplo aludido en nuestra legislación constituye un delito de propiedad intelectual, tipificado en el artículo 324 de la ley de propiedad Intelectual, el cual contiene el siguiente tenor literal:

*“ será reprimido con prisión de tres meses a tres años y multa de quinientas cinco mil unidades de valor constante (UVC), tomando en consideración el valor de los perjuicios ocasionados, quienes en violación de los derechos de autor o conexos:*

*b) inscriban, publiquen, distribuyan, comuniquen, reproduzcan, total o parcialmente una obra ajena como si fuera propia.*

*c) reproduzcan una obra*

*e) introduzcan al país, almacenen, ofrezcan en venta, vendan, arrienden o de cualquier otra manera pongan en circulación o a disposición de terceros reproducciones ilícitas de obras.*

El artículo 8 de la citada ley, define que los derechos de autor recaen sobre todas las obras del ingenio, entre las cuales encontramos: d) composiciones musicales con o sin letra; e) obras cinematográficas y cualquiera otras obras audiovisuales.

Autores son únicamente a las personas naturales; titulares de derechos de autor, pueden tanto personas jurídicas cuanto naturales.

El autor, entre sus derechos encontramos que tiene la exclusividad de explotación de la obra, lo cual se entenderá que es el único que puede disponer de la misma y en consecuencia, tiene la facultad de realizar, autorizar o prohibir:

- a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento;
- c) La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler.

De estas disposiciones que trae la ley, deducimos que el autor es el único autorizado para aprovechar, moral o patrimonialmente; así, el autor puede ceder los derechos de la misma o guardarse para sí la misma. Pero cuando una tercera persona hace uso de esa obra sin autorización del autor, viola los derechos adquiridos por mismo autor y genera la posibilidad de que éste use los medios legales para detener la continuación de aquel abuso e intromisión en el derecho ajenos, perjudicándolo moralmente y patrimonialmente, y finalmente, configurando el delito sancionado por dicho artículo 324 de la Ley de Propiedad Intelectual.

Volviendo al ejemplo enunciado, podemos encontrar muchos otros de casos reales como los de distribución de objetos originales adquiridos mediante el contrabando que se ofrecen abiertamente a los consumidores pero con un precio considerablemente más reducido que el valor de venta de un distribuidor autorizado. Es una realidad a la que no hay como hacerse el desconocido más si se trata de una competencia desleal conforme al artículo 284 y 285 de la Ley de Propiedad Intelectual; y una violación a los mismos derechos conforme ya lo examinamos anteriormente.

En conclusión de la exposición que antecede, se deduce que es muy efectivo, desde el punto de vista económico, actuar ajeno a la ley y desconociendo todas las regulaciones y controles por ésta impuesta. Pero hay que analizar este tema desde un punto de vista responsable y actuar respecto de la realidad en la que se vive.

La persona jurídica puede ser considerada como un escudo protector del accionista que adquiere decisiones para la actuación de la empresa, dejando ver o haciendo creer que es ésta la que ha resuelto tal o cual responsabilidad, y causando, en consecuencia, que el accionista se quede tranquilo por lo que pueda acontecer en el perfeccionamiento de la decisión adoptada. Por lo dicho, concluyo que la persona jurídica **si es** un medio de provecho de los accionistas.

#### **4. Responsabilidad civil de la persona jurídica ¿pueden los accionistas considerarse como autores solidarios del delito de peculado bancario cometido por la compañía?**

Para el estudio de esta interrogante, debemos empezar diferenciando entre lo que es y lo que significa la responsabilidad civil de la responsabilidad penal. Para ello, debemos empezar estudiando al campo civil dentro del contexto de las obligaciones, es decir, el nacimiento de las obligaciones, sus fuentes y sus repercusiones.

El artículo 1453 del Código Civil Codificado, resume la fuente de las obligaciones detallando expresamente que *“las obligaciones nacen, ya del concurso real de voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; **ya ha consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos o cuasidelitos**; (...)”*<sup>17</sup> ( lo cursivo y resaltado es mío)

La ley y la doctrina, al respecto señalan que aquel que ocasiona daños o ha inferido injurias sobre otra persona, está obligado a la indemnización de daños y perjuicios ocasionados de ese delito o cuasidelito.

---

<sup>17</sup> Artículo 1453 Código Civil Codificado, publicado en el Registro Oficial - suplemento No. 46 de 24 de junio de 2005.

Antes de entrar a desmenuzar este extenso tema, sobre el que se intentará definir si existe responsabilidad solidaria de los socios o accionistas de una empresa o corporación respecto a ésta, en caso de encontrársela inmersa en conflicto legal derivado de una acción culposa o dolosa de su común actuar, o al contrario, la responsabilidad solidaria del acto criminal será destinado subsidiariamente de forma civil a la empresa utilizada a manera de pantalla para ocultar las responsabilidades de los accionistas, gerentes o personas con poder de decisión dentro de la compañía, que utilizándola creyeron que toda la responsabilidad penal o civil recaería exclusivamente sobre la misma sin consecuencias directas a las personas naturales con rangos decisorios que obraron imprudentemente o con dolo y malicia, y por tanto obtener desvinculación absoluto de lo sucedido.

Las empresas cuentan con un sistema de mando de estructura vertical que es la base fundamental para la administración y consecuente toda de decisiones que la hace creer y avanzar hacia delante conforme a las posturas que adopten los órganos de administración y control, desde su cúspide hasta las bases más elementales en su organización.

“Tradicionalmente, la autoridad ha sido el medio principal de operar de una organización. La orden dada por el jefe a un empleado de nivel inferior generalmente se ejecuta. A medida que esto ocurra día a día, la organización podrá avanzar para lograr sus metas”<sup>18</sup>

La estructura de autoridad de las organizaciones, son de arriba hacia abajo, comenzando por la Junta General de Accionista, en nuestra legislación.

A la Junta General de Accionistas deberá entenderse como los dueños de la empresa, en términos administrativistas. Éste órgano de la empresa, toma grandes decisiones que afectan la organización, sujeta a los estatutos constitutivos de la compañía. Quién preside las reuniones de Junta General de

---

<sup>18</sup> BATEMAN, Thomas y otros, “Administración una ventaja competitiva”, Editorial Impresora Apolo S.A. , cuarta Edición, año 2000, página 299.

Accionistas es la persona señalada por los mismos estatutos, pero generalmente lo hace quién ostenta la calidad de representante legal, judicial y extrajudicial de la sociedad, y en la mayoría de los casos, el Gerente General es la persona que asume dicha responsabilidad. En consecuencia, el siguiente en rango decisorio es el Gerente General.

Habrán casos excepcionales en los cuales, los socios o accionistas contratantes nombran a un directorio, esto es hablando en términos generales de las compañías anónimas, quienes tiene a su cargo la fiscalización de la administración, o la ratificación de las decisiones adoptadas por la Junta General, o viceversa.

El siguiente en el escalón, como ya lo dije, es el Representante Legal de la compañía generalmente denominado Gerente General. Él es personalmente responsable ante la Junta General y el Directorio del desempeño de la organización”<sup>19</sup>

Seguidamente a Gerente General, el autor al que cito, indica que debe haber un equipo de alta dirección por lo general están integrados por el Representante legal de la empresa y otros directores como ejecutivos importantes de la empresa, quines tiene la responsabilidad de reunirse con regularidad para tomar decisiones como una unidad. Deberá entenderse que este órgano que no reconoce legalmente la ley, está integrada por los demás gerentes a quienes se les ha encomendado alguna responsabilidad gerencial, valga la redundancia.

El autor Luis Morand Valdivieso, en su libro sociedades, afirma que “en una sociedad puede haber un gerente o varios, y en este último caso se nombrará a uno con el título de gerente general”<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Ibid, página 299.

<sup>20</sup> MORAND VALDIVIESO, Luis Op. cit., Página 109



Al gerente le corresponde la representación judicial de la sociedad con todas las facultades generales señaladas por ley y los estatutos sociales.

Dentro de este ordenamiento piramidal del que sólo hemos visto la parte importante de la toma de decisiones, es en el que cuentan las cuestiones de autoridad, tramo de control, delegación y descentralización, en tanto que son importantes por que dan una idea de cómo se los gerente y empleados entre ellos a niveles diferentes.

Como existe una estructura vertical, las empresas también cuentan con una estructura horizontal que consiste en departamentalizar las funciones que se cumplen dentro de las empresas, según las funciones que se ejecuten. De esa forma, existirán departamentos de línea y departamentos de apoyo dentro de los cuales, se dividirán tareas en consideración a las ramas que se requieran para los fines sociales de la empresa.

Por poner un ejemplo, el departamento de línea se hará cargo de las ventas, servicios, etcétera que presten a los clientes, y, a su vez, el departamento de apoyo prestará ayuda en ramas especializadas como la asesoría jurídica, contable, de relaciones públicas, recursos humanos, etcétera.

“Cada una de estas unidades especiales a menudo cuentan con su propio jefe. Y algunas están investidas con una gran cantidad de autoridad, tal como cuando los grupos financieros y de contabilidad aprueban y supervisan las actividades presupuestales”<sup>21</sup>

Ante la realidad presentada sobre la estructura orgánico funcional de una persona jurídica, es elemental y básico determinar las posibles responsabilidades legales que éstas personas, en calidades de ejecutores de políticas de administración o

---

<sup>21</sup> BATEMAN, Op.cit., página 305.

los subordinados, tienen por sus actuaciones dentro de la esfera laboral que desempeñan en sus labores diarias, más cuando éstas exceden los mandatos estatutarios, y aún pero, los legales.

Comenzaremos diferenciando la responsabilidad civil de la responsabilidad penal. Porqué la responsabilidad civil, a pesar de ser considerada ilícita no conlleva una responsabilidad penal? y por qué toda responsabilidad penal sí conlleva a una responsabilidad civil?

La Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia en fallo dictado el 15 de Abril de 2003, dicta sentencia absolutoria a favor de Dr. Milton Alava Ormaza; Dr. Fabián Alarcón Rivera; Patricio Miguel Angel Vivero Arellano, Representante Legal de la compañía Constructora Andrade Gutiérrez, y otros por motivo de no haber encontrado fundamento que justifique la acusación particular del Diputado Dr. Dalton Basigalupo, quién denunció el cometimiento de irregularidades con responsabilidades penales en contra de aquellos respecto de la devolución de un 4% del valor de las planillas emitidas por la compañía Andrade Gutiérrez por concepto de la fiscalización del contrato celebrado en 1985 con el Estado Ecuatoriano, a través del Ministerio de Obras Públicas, por el qué, este mismo Ministerio había realizado sobre la referida obra de construcción de la carretera Méndez- Morona, afirmando que en virtud del Decreto Ejecutivo 969, expedido por el entonces Presidente León Febres Cordero, publicado en el Registro Oficial No 232 del 19 de Julio de 1985, exoneraba de estas retenciones a las compañías que participaban en contratos celebrados con el Estado ecuatoriano, en el que tenían participación de la fuerzas Armadas del Ecuador, por lo que la Sala manifiesta que: **“en todo caso, la legalidad del pago o la devolución del 4% por gastos de fiscalización y los intereses de mora por parte de la Compañía Andrade Gutiérrez al Estado Ecuatoriano, al existir un contrato de construcción celebrado en 1985 y posteriores Decretos,**

**resoluciones, etc, corresponde resolver ante la justicia de orden civil, por la propia naturaleza de estos reclamos”<sup>22</sup>**

Esta evidente mal interpretación del contrato per se como del Decreto Ejecutivo en el que se amparaba la compañía para la devolución de esa legal retención del 4% realizado, el Dr. Arturo Donoso Castellón salva su voto expresando: **“es importante resaltar el hecho de que se configura el tipo penal de peculado, al disponer arbitrariamente de los fondos públicos para devolver en forma ilegal la retención del 4% por gastos de fiscalización, puesto que es evidente que el Ministerio de Defensa Nacional, como lo señala en informe de contraloría se limitó a través del Instituto Geográfico Militar a verificar ciertas coordenadas de los puntos 1,2 y 3 de los hitos 21 y 23 por pedido del Ministerio de Obras Públicas, respecto al trazado de la vía Méndez-Morona en el tramo correspondiente a los Km. 113 al 119, labor totalmente ajena a la fiscalización, ya que inclusive las Fuerzas Armadas solicitaron al Ministerio de Obras públicas y Comunicaciones el pago de 940.000 sucres y, la fiscalización de la construcción del polvorín en el sector La Unión que efectivamente realizó el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, por convenio suscrito entre dicho Comando y la Compañía Andrade Gutiérrez, es una obra que evidentemente nada tenía que ver con el contrato de construcción de la Carretera Méndez-Morona, que tiene que ver con este proceso, más aún si esos trabajos no fueron objeto ni de planillaje ni de pago por la fiscalización del Ministerio de Obras Públicas; en consecuencia no se podía aplicar el Art. 1 del Decreto Ejecutivo No 696 de Julio de 1985, por lo que conglobando el examen de la antijuridicidad de los hechos procesales, se concluye que la retención del 4% por gastos de fiscalización era legal....”<sup>23</sup>(El énfasis es mío)**

---

<sup>22</sup> Resolución No 192-03; juicio penal No 38-2002, Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia

<sup>23</sup> Ibid.

La resolución expuesta permite ver el delgado límite que existe entre el derecho civil de derecho penal; pueden ser confundidos causando perjuicio a inocentes o beneficiando a culpables como en el caso que se indica.

Las interpretaciones erradas sobre las normas jurídicas pueden producir un desequilibrio legal haciendo que asuntos civiles sean conocidos por la justicia penal o viceversa. De esa forma podemos deducir, que a pesar de que un caso particular conocido por una autoridad incompetente en razón de la materia, entiéndase en penal, no obsta para que el afectado o víctima acuda a la justicia civil en busca de reparar el daño causado, por lo menos en cuanto a lo pecuniario, y es exactamente lo que la Contraloría General del Estado se encuentra haciendo frente a los perjuicios irrogados al Estado por las nefastas consecuencias que dicho contrato contrajo en virtud de una equivocada interpretación de la norma legal que motivo el infundado sobreseimiento a la Empresa ANDRADE GUTIERREZ y otros.

De este modo, el afectado de un delito puede pedir la reparación de los daños y perjuicios contra el sujeto activo del delito, a pesar de si éste fue condenado por la justicia penal, o no.

Paralelamente a una acción civil se puede seguir una acción penal contra el mismo sujeto, siempre que existan razones legales que permitan el uso del derecho en ese sentido, de lo contrario estamos abusando de éste y aquello es dañino para la sociedad políticamente organizada.

A fin entender mejor las interrogantes planteadas en líneas precedentes como de la resolución aplicada como del comentario posterior, profundizaremos al respecto a continuación, definiendo lo que a esta parte del trabajo corresponde.

Empezaremos diferenciando el delito del cuasidelito, a fin de evitar confusiones en adelante. Así, el cuasidelito es “el *hecho culpable, pero cometido sin intención de*

*dañar*<sup>24</sup>, mientras que el delito, contraposición con el cuasidelito, es “el hecho ilícito cometido con intención de dañar”<sup>25</sup> ( lo cursivo es mío).

La diferencia básica que se desprende del concepto de estas dos figuras no es otra que la distinción entre actuar con voluntad de causa contra una situación culposa que no comprende el deseo del agente o autor, sino que ese resultado se concibe por una situación accidental, imprudente, negligente, en fin del descuido de titular de la acción.

El Código Civil ecuatoriano también cumple esta diferenciación necesaria para determinar la responsabilidad derivada del sujeto; cabe recalcar, que en estas dos especies de responsabilidad, el titular de la acción deberá responder de los daños y perjuicios irrogados al ofendido o perjudicado. Así, el artículo 2214 del Código Civil, indica que *“el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”*<sup>26</sup> (lo cursivo es mío)

Un ejemplo de cuasidelito, en el que la responsabilidad del causante degenera en delito, es el siguiente: El empleado de una Sociedad Anónima cree que lo mejor para animar el incremento de ganancias de la empresa, es boycotear las actividades de su más cercano competidor, produciendo en consecuencia que, la competidora vaya a la quiebra mientras que su empresa para la cual trabaja suba su rendimiento comercial desorbitadamente.

De este ejemplo se derivan dos situaciones: la una, la señalada en el artículo 2220 de la ley en referencia, que señala de que el cuidador del negocio, en este caso el Gerente General, por ser el representante legal, judicial y extrajudicial de la compañía, deberá responder civilmente por las actuaciones de quién se

---

<sup>24</sup> MEZA BARROS, Ramón, “Manual de derecho civil, de las fuentes de las obligaciones”, Tomo II, Manuales Jurídicos No 40, Editorial Jurídica de Chile, 8va edición, 1997, Pág. 236

<sup>25</sup> Ibid, Página. 235

<sup>26</sup> Código Civil Codificado, publicado en el RO- S 46 de 24 de junio de 2005.

encontraba subordinado o bajo su vigilancia; esto en virtud de que dicho artículo se refiere a que “ *toda persona es responsable , no sólo por sus propias acciones, sino del hecho de los que estuvieren a su cuidado.*”<sup>27</sup> (lo cursivo es mío) La segunda consecuencia, directamente relacionada con la persona jurídica, es que es a ésta contra quién se debe dirigir la acción para el resarcimiento de los daños causados; sin embargo, la acción penal debe estar dirigida contra el autor intelectual y material de los hechos. Es decir, contra el empleado de la empresa y subsidiariamente contra el representante legal de la misma, ya que los hechos producidos por éste dejan de ser cuasidelito, constituyéndose, en consecuencia, delito por englobar los elementos básicos para determinar la existencia de la infracción penal (típico, antijurídico, culpable y punible.)

Para entender de una mejor manera el porqué el delito del ámbito civil no acarrea responsabilidad penal, es debido a que carece de uno de los elementos antes mencionados sobre la determinación del ilícito penal; siendo precisamente el gran ausente, la tipicidad, o la conducta de la persona descrita en el tipo penal, en lo que el legislador consideró como conducta de desvalor para tenerlo como delito.

En el contexto civil, no existe el tipo penal y por tanto no hay manera alguna de definir una tipicidad por cuanto no hay con qué valorar la conducta delictiva del autor.

Con la explicación que antecede, a manera de ejemplo me atrevo poner que aquel que viola un contrato está cometiendo un delito, pero por no existir características de un tipo penal los resultados se dirigen simplemente a la obligación de reconocer los daños y perjuicios derivados de ese hecho antijurídico y por tanto ilícito. En consecuencia ante esta sutil diferencia existente entre delito civil y pena, la primera busca la reparación del bien jurídico afectado, mediante la indemnización pecuniaria, mientras que en el campo penal, la pena cumple otra

---

<sup>27</sup> Ob. Cit, Artículo 2220

finalidad ya que es ésta la que caracteriza al derecho penal y confirma o ratifica la seguridad jurídica planteada por las otras ramas de derecho.

“la pena es la manifestación de la coerción penal, si hablamos de coerción penal *estricto sensu (...)*”<sup>28</sup>

La coerción penal *estrictu sensu* consiste en una prevención especial, que persigue la seguridad jurídica de los ciudadanos en cuanto al delito del que son afectados y de la pena que el infractor recibe, misma que debe ser proporcional tanto a la conducta presentada cuanto al hecho dañoso que conculcó el bien jurídico protegido de la víctima.

En esta proporcionalidad de la pena con la infracción cometida tiene como principio el dar seguridad a los ciudadanos para tengan confianza de que la pena será proporcional al daño causado; así, Zaffaroni en un ejemplo pone que el venido de una heredad tiene la manía de arrojar el tarro de los residuos en la acera frente a la vivienda, por lo que, se consideraría correcto la privación de la libertad por una semana o una pena alternativa para concienciar a la persona sobre los daños que ha ocasionado. Pero no es seguridad jurídica, cuando a esta persona se le sancionada con prisión de cuatro años, algo absolutamente desproporcionado con su conducta, y por lo tanto excesivo castigo para lo acaecido. Zaffaroni dice, en este ejemplo, que “de inmediato nos imaginaríamos que por cualquier pequeña falta podríamos estar nosotros en la situación del vecino, y si el vuelco del recipiente nos ha motivado a pedir auxilio de la autoridad, la privación de la libertad por cuatro años de nuestro vecino nos movería a abandonar prestamente esa comunidad jurídica para ponernos a cubierto de semejantes aberraciones.” Simplemente se perdería toda sensación de seguridad jurídica que busca la pena a través de su prevención especial.

---

<sup>28</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Manual de derecho penal, parte general”, EDIAR, Sociedad Anónima Editora, comercial, industrial y financiera, sexta edición, primera reimpresión, año 2002, página 57

Las sanciones pecuniarias, a su vez, derivadas de daños y perjuicios por incumplimientos contractuales o violaciones al marco jurídico civil, mercantil, administrativo, etcétera, es de prevención general, porque, al tiempo de que también busca seguridad jurídica, ésta se la realiza a través de una sanción retributiva “que es la sanción reparadora ordinaria propia de las otras disciplinas no penales (...) cuando se ordena el pago de indemnizaciones por incumplimiento de un contrato se repara el daño que el incumplimiento ha causado. Esta es la verdadera sanción *retributiva*: La sanción no penal, en que la retribución constituye una reparación, porque la retribución por la retribución misma no lo sería”<sup>29</sup> Esto significa que la sanción retributiva cumple con su fin de dar seguridad jurídica mediante un equivalente al daño causado en cuanto a materia no penal se refiere, ya que de lo contrario, nos encontraríamos frente a un sistema absurdo en el que se tenga por finalidad la exclusión del delincuente sin objetivo rehabilitador que motive al reo a dejar los vicios o la vida delictiva a cambio de una mejor condición social; es decir, no se puede aplicar el “ojo por ojo” por ser una teoría deshumanizante y porque no viene con la realidad social en la que vivimos. Tal vez en sistemas represivos podamos encontrar esas penas desproporcionadas en las que no se pretende sentar un ejemplo al delincuente como a la sociedad, sino que el castigo se paga en proporción al daño causado. Así, el que mata debe ser matado. Pensamiento de la política criminal de algunos de los estados de los Estados Unidos de América.

Al contrario de lo que se practica en los Estados Unidos de América, la Constitución Política del Ecuador profesa el derecho que tiene el reo a ser rehabilitado; de esta manera, el artículo 208 de nuestra Carta Magna, se pronuncia al tenor literal a saber:

“El sistema penal y el internamiento tendrán como finalidad **la educación del sentenciado y su capacitación para el trabajo, a fin de obtener su rehabilitación** que le permita una adecuada reincorporación social” (el énfasis es mío)

---

<sup>29</sup> Ibid, página 57



Lo cierto es que nuestra realidad está muy lejos de parecer lo que el texto constitucional ordena, pero al menos el Ecuador reconoce los derechos de los reos a tener una mejor oportunidad y no se los castiga retributivamente, pero se pretende sentar un ejemplo disuasivo hacia aquellos que pensaron actuar de manera similar, motivándolos para salir del mundo subterráneo del delito; y frente a la sociedad demostrar a sus integrantes que pueden tener la certeza de que cuentan con una verdadera seguridad jurídica que los ampara.

En sistemas como el de los Estados Unidos, no existe la motivación planteada, sino por el contrario hay desmotivación lo que conduce a la incremento de los índices de violencia, haciendo que los delitos sean más crudos, derivando esta realidad en violación al numeral 6 del Artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que dice:

***“Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial de la reforma y readaptación social de los condenados”*** (el énfasis y cursiva son míos)

De todo lo dicho, se tiene por entendido la diferencia entre delito y cuasidelito, del porqué un delito civil no produce efectos penales, pero un acto típico, antijurídico, culpable y punible sí, y sobre todo, la esencia, naturaleza y necesidad de una pena a demás de las reparaciones pecuniarias consecuentes a las violaciones a las ramas no penales del derecho, a manera de prevención general como ya lo dejamos consignado.

Con estos antecedentes, entramos a estudiar si la persona jurídica es capaz de tener responsabilidades penales sobre sí o, si por el contrario no lo tiene pero su obligación es responder por los daños civiles causados por el hecho delictivo cometido en su nombre.

Hemos acordado que para el cometimiento de un delito se necesita que éste sea típico, antijurídico, es decir que este en contrario a derecho, y culpable; significa, la intención del actor de producir los daños causados. Por ejemplo, A desea matar a B, pero eso queda dentro de sus aspiraciones, mas no se plasma ese deseo en un hecho cierto, en consecuencia no delinque ya que A no ha cometido nada en absoluto; sin embargo esa misma intención de A de matar a B, se produce, aunque no tenga el resultado esperado, esa tentativa ya constituye delito porque se exteriorizó la voluntad de A de matar a B y por lo tanto debe cumplir una pena por esa dolosa intención de actuar en perjuicio del prójimo.

Desde el punto de vista de la persona natural no hay ningún problema en determinar si ésta es capaz de cometer un hecho ilícito descrito en la ley penal, por la cual el sujeto activo de la infracción debe ser juzgado por la jurisdicción correspondiente y sometido a una pena además de la indemnización de los daños y perjuicios civiles causados por su acción.

No sucede lo mismo cuando se entra a discutir sobre si la persona jurídica es susceptible de cometer infracciones penales y de ello ser sujeto penal para responder ante la sociedad del hecho ilícito causado. Existen autores como David Baigún, quien señala que debe haber responsabilidad penal sobre la persona jurídica en base a un modelo ad hoc sobre el cual no se considerará el elemento de la culpabilidad, sino de la acción institucional; es decir, que el autor suprime el elemento de la culpabilidad porque, a mi parecer, encuentra imposible ubicar un lugar a la persona jurídica donde quepa la culpabilidad. Esto es entendible porque, como puede una creación del derecho, la persona jurídica, pensar por si misma y actuar según el criterio de la misma, simplemente es imposible porque la persona jurídica no tiene criterio y tampoco puede actuar bajo su propio arbitrio.

En base a este nuevo modelo penal que propone David Baigún, se distingue cuales son las causales por las que la persona jurídica es sujeta de acción penal: Cuando la entidad resuelve actuar de la forma no esperada, es decir que se

encuentra dentro de la figura del delito de acción por omisión, tipo que sanciona cuando el agente no responde en la forma esperada, indicada por simple lógica o por la razón.

Se habla de la voluntad social dolosa, manifestación sobre la cual la empresa actúa, pero este resultado es obtenido por un nivel diferente, es decir, más o menos por decisión propia de la sociedad. Es decir, que se reconoce que hay un grupo humano que asume la dirección y toma de decisiones de la compañía, pero que una vez adoptada la medida que se va a desempeñar la empresa, es voluntad de ésta si realiza lo resuelto por los directores o administradores, o toma conciencia, que no tiene, y evita realizar el acto que fue discutido y aprobado por sus conductores. En otras palabras, la sociedad tiene capacidad de discernimiento pudiendo contradecir los que sus directores o administradores desean que la compañía haga, y éstos, por el actuar en beneficio de la representada, no asumen responsabilidad alguna, tal vez civil, pero no más allá de eso.

La única manera de que un empleado o director de la empresa tenga responsabilidad sobre las consecuencias de los hechos cometidos por la misma, es cuando éstos actúan a nombre propio.

Dentro del esquema novedoso que se explica, la empresa puede beneficiarse de las causas de justificación señaladas en las leyes penales; así, si un buque que transporta sustancias químicas resuelve eliminar su carga botándolas al mar por razones de una errónea información obtenida por un empleado de la empresa, o una información inexacta proveniente de un organismo técnico. En el primer caso, el hecho de arrojar dichas sustancias al mar por negligencia o equivocada apreciación de los hechos, no justifica a la compañía lo realizado; lo contrario sucede, si la información es mal proporcionada por una autoridad técnica que previene a la empresa de una segura catástrofe, pero que al fin, dicha información es equivocada, eso constituye error de prohibición indirecta, ya que existe error sobre las causas de justificación.

Este esquema, personalmente lo considero injustificable y apto para cubrir los mal habidos intereses de los accionistas de una compañía que bajo la teoría de la acción institucional, no se responsabilizan de lo que la compañía pueda hacer respecto de las decisiones adoptadas por sus administradores, en virtud de que la actuación de la persona jurídica es diferente a lo que sus mandatarios o representantes han resuelto para que ésta se dirija; es, a decir del autor, *“el elemento de la responsabilidad social, esto es, la exigibilidad de otra conducta, cumple un papel más limitado en el sistema de imputación penal ideado por Baigún que en el esquema clásico, ya que si bien en este último la exigibilidad se condensa en el interrogante: ¿ pudo el actor haber actuado de otro modo? , en el marco de la responsabilidad social de las personas jurídicas la pregunta se formula en sentido afirmativo, y no sólo como recurso de salvamento o dispensa que cuando está presente excluye la responsabilidad social, ya que si bien es dable reconocer la alternatividad de la formulación, esa posibilidad de actuación de otro modo **no toma como objeto de valoración las motivaciones psicológicas de aquellos que participan en el ámbito decisorio de la empresa, sino que lo que realmente interesa es el acto institucional como acto de desviación despojado de cualquier rasgo psicológico**”*<sup>30</sup> (Lo cursivo y resaltado es mío)

No comparto la teoría que el profesor Baigún trata de implementar en virtud de las explicaciones que se dieron sobre los elementos formales para dar vida a un delito y castigar al autor por sus erradas actuaciones; sin embargo de ello, concuerdo plenamente en el hecho de que cuando una sociedad comete un hecho ilícito, ésta debe ser castigada pero no dentro del esquema de lo penal, al menos en lo que tradicionalmente se ha venido hablando, sino, esta sanción debe ser el resultado prejudicial del castigo penal que recibiría el autor intelectual de ese delito; considerando siempre que, la acción consumada haya sido en nombre de la

---

<sup>30</sup> ABOSO, Gustavo Eduardo, “Responsabilidad de las personas jurídicas en el derecho penal”, Editorial BdeF Montevideo-Buenos Aires, año 2000, Página 88.

empresa y para beneficio de la misma. En esta posición, el juez penal tendrá plenas atribuciones para sentar un precedente sancionando administrativamente a la empresa, o imponiéndola una multa distinta a la que el afectado tendría derecho de seguir, por concepto de daños y perjuicios o daño moral, por la vía civil, que correspondería a las liquidación forzosa de la empresa.

Complementando este criterio, me atrevo a señalar que las leyes penales modernas contemplan métodos alternativos para cumplir con los fines de la pena que se imponga las sociedades, siguiendo a una de las teorías de la pena, que es el de la prevención general: significa que mediante la imposición de la “pena”, una multa a la sociedad, ayuda a disuadir al resto de sociedades de ejercitar las mismas actividades por las cuales fue multada o sancionada ésta empresa. Sienta un ejemplo de conducta multada, por lo tanto las otras empresas se retraen de ejecutar un acto similar o idéntico.

Los detractores de esta teoría de imputación, afirman que “la aplicación de una pena a las personas jurídicas implica una merma en el uso y goce de su libertad económica”<sup>31</sup>

Este argumento sienta razón en virtud de que al imponer a la sociedad una pena, se reconoce libertad social a la empresa, misma que debe ser limitada y obligada a respetar dichos límites sobre las que las normal legales como morales deben imponer a las personas jurídicas, del mismo modo como se imponen a las naturales; y es precisamente esa libertad social reconocida a la empresa, la que se debate argumentando que si la sociedad le impone límites de actuación, estaría coartando el derecho a la libertad económica que, por fines sociales, ésta persigue.

Mi criterio es que, como se ha visto a través de ejemplos reales y ficticios, la empresa puede ser utilizada como una lámpara para realizar actividades ajenas a

---

<sup>31</sup> Ibid, Página 37

su finalidad social y producir daños irreparables contra las personas y la naturaleza, sin tener un ente regulador y sancionador que detenga los abusos que las personas físicas pueden ser capaces de cometer utilizando arbitraria y dolosamente el nombre de la empresa, que, por ser persona moral o una ficción del derecho, no es sujeta a penas ni sanciones de carácter penal o administrativa penal.

Con el nuevo esquema que se tiene implementado en algunos países de mayor desarrollo legislativo, en los que de entre su normativa, ya se ve adherido a su marco regulatorio, una serie de normas especiales que intentan detener el abuso de la persona jurídica en cuanto a sus actos que atentan contra la paz social, la dignidad de la persona y del medio ambiente, se determina que estas razones de carácter penal que se intentan promover, son denominadas como multas penales administrativas.

Estas multas no son precisamente la esencia por la cual existe el derecho penal, aunque si vamos más allá, al estudio del objeto de la pena, vamos a encontrarnos que esta es una forma de asegurar, con el ejemplo, el no cometimiento de otros delitos o infracciones similares. Es decir, es disuasiva a la ejecución de la infracción cometida por otra persona, sea moral o jurídica, y persuasiva en que se juegue de acuerdo a las reglas y normas impuestas por la sociedad.

En conclusión, teniendo como punto de partida la segunda teoría sobre la cual, la persona jurídica es susceptible de sanción o multa impuesta desde la competencia de lo penal, siguiendo como estado de referencia la condena que el Gerente o representante legal de la empresa tenga por los hechos cometidos bajo su supervisión, estando conciente de lo que se produciría, junto con los accionistas de la empresa, en calidad de autores intelectuales; al empleado que cumplió con las ordenes impartidas, como el autor material, toda vez que actuó bajo el nombre de ésta y por su provecho; y a la empresa, como autora intelectual y material, pero

bajo el modelo de una sanción o multa administrativa que incluso puede llegar a alcanzar la liquidación forzosa de la sociedad.

Procesalmente no existiría inconveniente alguno por cuanto al gerente general se lo procesará por sus propios derechos en la calidad antes expresada, y por los derechos que representaba al tiempo en que la compañía, o bajo su nombre, configuraba y perfeccionaba el delito por éste encabezado.

De lo dicho, se resuelve que la compañía será la autora solidaria del delito de peculado bancario cometido en nombre de ésta por los accionistas y administradores de la sociedad, a razón de que “interviene una persona jurídica, la que es utilizada a modo de escudo o pantalla para delinquir por parte de sus directivos y así eludir la respectiva responsabilidad penal”<sup>32</sup>

Muchos autores arguyen que cuando se actúa en nombre y representación de alguien, las actuaciones que este mandatario produce, son las del representado hubiere hecho si actuase por sí mismo; es decir, “el comportamiento del representante, es en sentido jurídico, es comportamiento del representado”<sup>33</sup>

Bajo esta premisa, cabe analizar, si la persona jurídica es capaz de actuar por sí misma bajo sus propias capacidades de contraer derechos y obligaciones? Conociendo que ésta es una persona incapaz relativa?

En mi perspectiva, asumo que el principal responsable de las acciones u omisiones que la representada, la empresa, realiza en nombre propio por medio del Gerente o representante legal, es de incidencia directa sobre éste y las responsabilidades penales deben recaer inicialmente sobre su persona, toda vez, que aquél, siendo una persona plenamente capaz, realiza un hecho ilícito en nombre de un incapaz, a sabiendas que obraba indebidamente, con dolo y malicia,

---

<sup>32</sup> ABOSO, Gustavo Eduardo, Op. cit., Página 53

<sup>33</sup> GARCÍA CAVERO, Percy, Op. cit., Página 73

malintencionadamente en la intención de causar un daño a un tercero, sea este otra persona jurídica, persona natural o contra el medio ambiente.

Si la decisión fue adoptada conjuntamente entre la Junta General de accionistas, en el caso ecuatoriano, y el representante legal, todos quienes votaron a favor de cometer el ilícito deben ser juzgados en calidad de autores intelectuales; el gerente también debe ser señalado como tal, si no participa directamente en la acción, o a su vez, lo delega a una tercera persona, un trabajador, quien se encarga de perfeccionar el delito. Este debe ser juzgado como el autor material.

Pese al hecho de que todos actuaron en nombre y representación de la empresa, y no por ser persona incapaz relativa, se deslinda de la responsabilidad penal que sobre ella debe recaer en forma de multa o sanción administrativa. De ahí viene la responsabilidad solidaria con los autores reales del delito, en virtud de que se debe reconocer para la sociedad un tratamiento especial por la realidad de su capacidad, y sobre todo porque carece del elemento de culpabilidad, indispensable para imputar a una persona; es decir, que si el delito es sancionado sobre las personas naturales que actuaron directa e indirectamente, al Tribunal Penal le compete, finalmente, mediante un proceso sumarísimo determinar la multa o sanción administrativa con la que la empresa debe responder ante la sociedad, sin perjuicio de que esa sanción impida a los afectados perseguir en contra de ésta los daños y perjuicios irrogados por su responsabilidad.

## **Capítulo II**

### **Responsabilidad de la persona jurídica dentro del delito de peculado bancario.**

#### **5. Teorías de la responsabilidad de la persona jurídica:**

Entre las teorías sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, vigentes en la actualidad, resalto las que más me han llamado la atención y de las cuales considero las de mayor importancia para revelarlas y destacarlas como acertadas,



del mismo modo que aquellas que mayor discusión pueden atraer en virtud de su contenido:

### **5.1 Teoría de la ficción:**

Esta teoría tiene sus inicios en el maestro alemán Federico Von Savigny, quién afirma “que la persona humana es la única que puede ser sujeto de derechos y obligaciones, y que la ley sólo reconoce y confirma dicha personalidad, a diferencia de la persona jurídica, que es una ficción, a quién por conveniencia, necesidad o interés, el derecho la considera como si fuera persona. Fundamentalmente sostiene que estamos frente a seres puramente artificiales nacidos de la autorización estatal, ya que solo el ser humano, con su sola presencia física, lleva consigo su pretensión a la capacidad de derecho”<sup>34</sup>

La teoría de la ficción indica que se debe distinguir entre actos ilícitos y actividad ilícita. “La actividad social es su giro comercial, su negocio; designa este concepto al conjunto de conductas y procesos dotados de cierta permanencia y que confieren sentido a la creación de la persona jurídica”<sup>35</sup>

En palabras más sencillas, la actividad social, como bien deja entender este concepto, nos es otra cosa que la razón comercial para la cual fue constituida la empresa. Es el giro ordinario de los negocios de la compañía que se encuentran plasmados en el contrato de constitución de la misma, y que en consecuencia de eso, debe cumplir con los elementos de todo contrato, entre los más importantes, que tenga una causa lícita y recaiga un objeto lícito, de lo contrario sería nulo de nulidad absoluta.

Sustancialmente, deberá entenderse sin mayores complicaciones, que la actividad social es el núcleo de la creación de la persona jurídica, si este es ilícito o promete

---

<sup>34</sup> BORDA, Guillermo Julio, Op. cit., 14-15

<sup>35</sup> MALAMUTH GOTI, Jaime E., “Persona jurídica y penalidad”, Ediciones DEPALMA, año 1981 Página 43

realizar objetos ilícitos, no va a tener vida jurídica la empresa y ésta quedará en la idea de sus fundadores o promotores.

En conclusión, actividad ilícita sería a lo que la empresa se dedicará una vez que tenga personería jurídica y se encuentre regularizada conforme a la ley.

Ahora bien, acto ilícito no es igual a lo que hemos venido indicado; éste es “una acción aislada o, mas bien, la modalidad misma con que la actividad se ejecuta en el caso concreto”<sup>36</sup>. Así, la compañía se dedica al mercado inmobiliario, entendiéndose a este como la construcción de inmuebles de habitación y oficinas, su venta y promoción, pero en el campo de la construcción, la empresa se dedica a estructurar edificios violando procedimientos reglamentarios, o utilizando dolosa o culposamente materiales no aptos para la construcción de inmuebles, sabiendo que aquellos no tiene la calidad necesaria y pueden causar graves perjuicios a su clientes.

La teoría estudiada dice que el acto, sin importar cual fuere, se integra en definitiva, al contenido del objeto social.

“La teoría de la ficción debe seguirse que la responsabilidad de los socios o directivos es puramente vicaria, si ésta es admitida, a menos, naturalmente, que hubiesen participado en la ejecución de la actividad ilícita”<sup>37</sup>

## **5.2 Teoría de la personalidad real:**

En esta teoría, se dice que “el ente social es un tercero respecto de sus integrantes, y en esa medida la responsabilidad recae como consecuencia del acto propio”<sup>38</sup>; sin embargo de aquello, deberá entenderse que en la ilicitud individual personal, resulta de ciertos fenómenos de interacción cuyo resultado es la empresa.

---

<sup>36</sup> Ibid, Página 43

<sup>37</sup> Ibid, Página 44

<sup>38</sup> Ibid, Página 44

De forma más explicativa el autor asigna a esta teoría un valor personalísimo a la empresa en su modo de actuar, considerando a “grupos de personas que actúan con finalidades y reglas de acción comunes, una existencia, diferente de la mera suma de las acciones de los integrantes”

Guillrmo J. Borda, “entiende a la persona jurídica como la sumatoria de individuos unidos por una voluntad común, cuyos administradores no actúan en representación de los individuos sino que lo hacen como órganos de ella, es decir que los actos realizados por sus administradores y miembros son actos propios de ella y no de quienes la integran y por consiguiente no nos encontramos frente a ningún elemento de ficción”

Ante tales transparentes interpretaciones, deduzco que el grupo de personas pierde su individualidad dentro de la empresa y se constituyen como elementos o partes integrantes de la misma, perdiendo toda distinción frente a aquella. Es decir, las personas son la empresa.

### **5.3 Teoría de la institución:**

La presente teoría es una concepción más realista y centrada que la teoría antes estudiada, en el sentido de que ésta considera a la empresa como una estructura con una finalidad social y que se regula por las leyes y el contrato que gobierna a la compañía, reconociendo que “la mayoría de los componentes del grupo social son los que pueden modificar ese fin y la que lo dirige y gobierna. La autoridad depende así de la mayoría”<sup>39</sup>

La presente teoría limita el alcance de la teoría anterior en cuanto a que reconocer que los administradores son las personas naturales guiadas por la ley y el estatuto de la sociedad y no como representa la teoría de la personalidad real, en que la compañía actúa por sí sola y se gobierna de la misma manera, haciéndola

---

<sup>39</sup> Ibid, Página 45.

a esta una especie de omnipotencia que no reconoce autoridad externa mas que ella.

Para la teoría de la personalidad real no existe más ley que la que esta se impone, y a las personas naturales las tiene como parte de sus activos, les pertenece.

#### **5.4 Teoría de la responsabilidad refleja:**

Esta teoría proviene, principalmente de las doctrinas de los Estados Unidos, país en el que reconocer la teoría de la responsabilidad vicaria, constituiría viniera el equivalente de la responsabilidad refleja en la doctrina latina, bajo el siguiente concepto:

“Las corporaciones son puras figuras jurídicas incorpóreas, que no pueden actuar ni tener intención. En consecuencia, sólo pueden actuar a través de sus agentes, generándose de esta manera una vinculación entre ambos que precisamente fundamenta la imputación a la corporación del agente. En esta última instancia (...) se trata de la transposición al derecho penal de la denominada responsabilidad del superior (*respondant superior*) propia del ámbito civil. De esta forma se originó la responsabilidad vicarial (*vicarious liability*)”<sup>40</sup>.

La doctrina de Estados Unidos se encuentra avanzada respecto de estas consideraciones, más aún si tenemos en cuenta la forma de imputar a los responsables de los hechos ilícitos cometidos por gente de la empresa en nombre de la misma; así, veremos, según el mismo autor los presupuestos de imputación necesarios para responsabilizar penalmente a la empresa y contra quién cometió el delito para beneficio de ella, las cuales son básicamente dos: “ (1) la actuación en el marco del empleo, y (2) la intención de beneficiar a la corporación. Resumidamente: cuando una agente de la corporación lleva a cabo una actuación

---

<sup>40</sup> GARCÍA CAVERO, Percy, Op. cit., Pág. 296-297. Exposición Carlos Gómez-Jara Diéz.

delictiva en el marco de su empleo, y con la intención de beneficiar a la corporación, tanto su *actus reus*<sup>41</sup> como su *mens rea* se imputan a esta última.”<sup>42</sup>

Dentro de este concepto de la responsabilidad refleja, algunos autores mantienen la posición de sancionar a la empresa por los actos de los dependientes, es decir, a mi entender, de los trabajadores, o subalternos de las diferentes posiciones administrativas; esto es lo que se conoce como la *vicarious liability* en el derecho anglosajón. Es una consecuencia de los términos latinos antes referidos.

La responsabilidad refleja determina que “la empresa responde por los actos u omisiones de sus dependientes con sustento en la presunta falta de control de los directivos de aquella. Esta forma de imputación del hecho ajeno se consolida en forma necesaria en la conducta omisiva de los integrantes de los órganos sociales de la empresa”<sup>43</sup>

Bajo el manto de protección que esta doctrina da a los directores de las empresas, o sus subalternos, dejándolos a ellos en la impunidad, permitiendo únicamente que la imputada sea la empresa, concluimos, como se dijo en el capítulo anterior, que la empresa está siendo utilizada de una manera irresponsable que tiene como fin principal el proteger los intereses dolosos de los administradores y de quienes se encuentran en situación de dependencia laboral, al ser intocables por el derecho, bajo el pretexto de que quien cometió el delito, no son las personas naturales que actuaron en el cometimiento del ilícito en las calidades anteriormente invocadas, sino que al haber sucedido el hecho en nombre y por

---

<sup>41</sup> The *actus reus* — sometimes called the **external elements** of a crime — is the Latin term for the "guilty act" which, when proved beyond a reasonable doubt in combination with the *mens rea*, i.e. the "guilty mind", produces criminal liability in common law-based criminal law jurisdictions such as the United States, Australia, Canada, and the United Kingdom. In the United States, some crimes also require proof of an attendant circumstance. *Actus reus* significa acto culpable, mientras que *mens rea* es mente culpable. Elementos necesarios para determinar la culpabilidad en el derecho anglosajón. [www.wikipedia.org/wiki/Actus\\_reus](http://www.wikipedia.org/wiki/Actus_reus)

<sup>42</sup> PERCY GARCÍA CAVERO, Of. Cit, Pág. 296-297. exposición Carlos Gómez-Jara Diéz.

<sup>43</sup> GUSTAVO EDUARDO ABOSO, SANDRO FABIO ABRALDES, Ob. Cit, Pág. 47.

beneficio de la empresa, ésta es la única responsable de lo sucedido y es la que debe pagar por los daños provocados.

La sociedad actual requiere que el Estado adopte medidas que prevengan el cometimiento de delitos a través de nuevos mecanismos que impliquen la impunidad de los pensadores y ejecutores de los mismos, que, como ya hemos visto, los ilícitos se están constituyendo mediante la utilización de las personas jurídicas.

Existen autores que todavía dudan de la colaboración que las personas jurídicas proveen, mediante la figura de una sociedad anónima o compañía de cualquier género prevista por las leyes, a los mentalizadores quienes, como personas racionales que se supone que son, generan diabólicas estructuras criminales, disfrazadas de sociedades mercantiles o civiles dedicadas a negocios lícitos y constructores de una mejor sociedad.

Estos autores, consideran que a pesar de la evidente mala intención del uso discriminado de sociedades constituidas al amparo de las legislaciones internas de cada uno de los países, qué, los responsables de estos delitos u ilícitos no son las compañías constituidas debido a que estas no tiene conciencia ni voluntad, lo cual es cierto, pero mediante éstas, las personas naturales provocan enormes daños, algunos irreparables, a los miembros de la sociedad, en incluso a personas cercanas a la misma compañía. El discurso de ellos es tan simple como que las personas jurídicas son una ficción del derecho y por tanto no pueden ser sujetos de acciones penales.

Siguiendo esa misma premisa, la persona jurídica sería una beneficiada del derecho, ya que con la intervención de las personas naturales, quienes adoptan decisiones en su nombre, la benefician lícita o ilícitamente y su impunidad campea por los Estados del mundo cuyas legislaciones no tiene un marco jurídico penal que regule las actuaciones criminales de estas mal concebidas empresas.

Esta distorsión llega a tal punto que, los mismos autores, defienden a capa y espada la exclusión de la responsabilidad penal de la persona jurídica, esgrimiendo que estas personas no tiene la misma capacidad de culpabilidad que las personas naturales debido a aquellas son una simple ficción del derecho, creación del legislador, lo que conduce a que el responsable penalmente sea su representante legal.

Lo dicho es cierto, porque el representante legal, como persona encargada de la representación legal, judicial y extrajudicial, debe responder por su representada, más aún si esta es una persona incapaz relativa y por tanto sus obligaciones frente a ellas llegan incluso a la esfera de lo penal. Pero en este caso, cuando el derecho penal es personalísimo, a quién se debería castigar además del representante legal por su propia culpa o dolo, por omitir un deber legal o incumplir a sabiendas un mandato jurídico? Mi criterio es que la responsable debería ser también la persona jurídica, dentro de sus limitaciones y apegado a los mandatos legales que deberían existir en nuestra legislación, sobre la conducta de esta, siguiendo los mecanismos jurídicos que nos presentan las otras legislaciones, como los doctrinarios extranjeros.

Los criterios de los defensores de la no responsabilidad de las personas jurídicas llegan al extremo de esgrimir mandatos legales que al final los contradice como es la existencia ficticia de aquellas por mandatos de la ley, lo que conduce a que no puedan tener responsabilidad penal que se les quiere atribuir por sus actuaciones reprochables. Sin embargo, si una ficción del derecho como son estas creaciones legales, debería entenderse como inexistentes por cuanto son una ficción, y la ficción es algo irreal y por tanto una idea que permanece en lo abstracto, consecuentemente, no existe en la realidad, tiene responsabilidad civil y administrativa. Si las sociedades mercantiles y civiles responden civil y administrativamente, por qué no penalmente?

Es una contradicción las posturas que adoptan los tratadistas, primero afirman que las sociedades no existen pero responden de todas las formas posibles evitando entrar en el campo penal. Es decir, existen para ciertas cosas, pero para otras son una ficción lo que impide responder de tal o cual forma; no hay un equilibrio entre las posiciones de los tratadistas.

La ley vigila y protege a todos los individuos en sociedad, reconociéndoles igualdad de derecho y obligaciones unos frente a otros, y entre estos individuos, debemos admitir que se encuentran las personas. El término persona en el campo legal, encontramos que tiene diversas acepciones, primero personas son los individuos de la especie humana sin distinción del sexo, color, raza o condición; pero personas también son las personas jurídicas creaciones del derecho, las cuales se encuentran amparadas por las normas jurídicas vigentes, que si bien son constituidas por las personas naturales, éstas cuando adquieren la condición de regulares, conforme a nuestro derecho su patrimonio se separa del de sus fundadores y adquiere vida jurídica propia, independiente de sus accionistas, administradores, etcétera. Esto significa, que la ley les ha concedido un espacio para que tengan de donde acogerse en caso de necesidad. Les reconoce derechos y les exige obligaciones.

La ley protege a todas las personas por igual exigiéndoles a cambio una reciprocidad de obligaciones; entonces, todas las personas son iguales ante la ley y todas éstas tienen los mismos derechos y obligaciones unas frente a otras y éstas frente al Estado. Ahora, bajo esta premisa, porque hacer una distinción entre las responsabilidades legales de las personas físicas y las personas morales, si se entiende que poseen los mismos derechos y las mismas obligaciones.

Estos mismos derechos y obligaciones a los que me refiero, implican también las responsabilidades penales a las personas jurídicas, porque de lo contrario no veríamos frente a una discriminación con las personas naturales y como consecuencia de ellos, se estaría violando el principio constitucional de la igualdad



ante la ley, plasmada en el numeral 3 del artículo 23 de nuestra Constitución Política de la República.

Es una realidad la importancia que significa ahora reconocer que las personas jurídicas como entes independientes que son frente a las personas naturales, son o deberían ser sujetos de responsabilidad penal toda vez que no existe consecuencia lógica en que sean responsables civil y administrativamente, dejándolas en la impunidad dentro del ámbito penal, campo al cual se han involucrado activamente aprovechando este vacío de ley, vapuleándose campantemente de los delitos cometidos, sin estar facultado el Estado para sancionarlas como se las sanciona en países con sistemas jurídicos actualizados y reconocidos por la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional como lo estudiamos anteriormente.

## **6. Breves antecedentes y definición del peculado bancario**

El peculado es un tipo penal que ha existido desde tiempos atrás, cumpliendo la función de vigilante de que los recursos públicos sean bien utilizados y no existan manejos arbitrarios o fraudulentos sobre éstos.

El delito de peculado existe desde tiempos remotos que datan de la creación de la misma República. Dice el autor Luis Cueva Carrión, en su libro denominado PECULADO, que en 1837 el Presidente Rocafuerte, en base a la escuela clásica del derecho penal, en base al código napoleónico y sus consecuentes reformas, expide el primer Código Penal ecuatoriano, dentro del cual, en su primera parte denominado Delitos contra la causa pública, en el Título Séptimo titulado: De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, Capítulo Tres: **Del extravío, usurpación y malversación de los caudales y rentas de los pueblos y establecimientos públicos**, se encuentra muy bien definido el delito de peculado.

El siguiente Código Penal fue expedido en el Gobierno del Dr. Gabriel García Moreno, sancionado el 3 de noviembre de 1871y, promulgado el 19 de Agosto de 1972. Este código fue tomado casi literalmente del Código Penal Belga de 1870.

El delito de peculado se encontraba regulado en el libro II denominado: De las infracciones y de su represión en particular, Título IV: De los crímenes y delitos contra el orden público, cometidos por funcionarios en el ejercicio de sus funciones; Capítulo IV: De los abusos y concusiones cometidos por funcionarios públicos.

En 1889 se emite una segunda edición del Código de 1972, quedando intacto lo destacado que sobre el peculado decía de ese código.

El 26 de Mayo de 1906 se promulga el nuevo Código Penal, bajo el gobierno de Eloy Alfaro, entrando en plena vigencia el primero de julio de 1907.

Las normas relativas al delito de peculado constan en el libro V: De los crímenes y delitos contra el orden público cometidos por funcionarios en el ejercicio de sus funciones, Capítulo IV: De los abusos y concusiones cometidos por funcionarios públicos.

Se promulga le Código Penal de 1938, código que a decir del autor, citando a otras personalidades considera a éste código como de no mucho avance legislativo, al contrario, un código desordenado y perdido de un hilo de pensamiento, ya que hace una variación o composición de los anteriores códigos penales.

El autor Francisco Pérez Borja, en su obra titulada apuntes para el estudio de Código penal, col oca al delito que estudiamos, bajo una nominación diferente a la del peculado, en el artículo 225 de dicho Código Penal, denominando al delito como de abuso de confianza de funcionario público.

El precitado autor determina los elementos constitutivos de este delito, a saber:

“ 1.- El culpable debe ser un funcionario o empleado público, o una persona encargada de un servicio público; 2.- Que el culpable haya *abusado* de los efectos determinados en el Art. 225; y, 3.- que el dinero o efectos se encuentren en poder del empleado o funcionario o de la persona encargada de un servicio público <en virtud o razón de su cargo>”<sup>44</sup>

El delito de peculado fue tipificado en el artículo 236, publicado en el Registro Oficial No 348 de 23 de Octubre de 1941, y cuyo tenor literal es el siguiente:

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

***Si el abuso no excede la fianza, se castigará con la mitad de la pena precedente”*** (El énfasis y cursiva son mías)

El legislador, en vista de que vio limitado el alcance del tipo del peculado, creyó necesario reformar esa figura penal y “extenderla hasta los funcionarios bancarios en octubre de 1941”<sup>45</sup>

El Dr. Calvachi, citando a Andrés F. de Córdova sobre las críticas que ha realizado sobre la reforma de 1941, dice: “Inspira la reforma, como lo dice el considerando, el deseo de reprimir más severamente los delitos allí detallados, pero es la verdad que se ha procedido desorbitadamente, prescindiendo de todo sistema, sin otra consideración que el punto de vista fiscal y el de instituciones bancarias etc. Pero sin ningún concepto de técnica jurídica. Y como ya hemos vivido la reforma de algunos años, o sea una docena desde su expedición, hemos tenido tiempo

---

<sup>44</sup> PÉREZ BORJA, Francisco, “Apuntes para el estudio del código penal”, Tomo II, Tipografía de arte y oficios, año 1927, página 194

<sup>45</sup> Juris Dictio, Revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, año 1, No 2, Quito, Julio del año 2000

suficiente de experimentar los resultados: un escandaloso aumento de desfalcos y abusos de dineros públicos, y casos esporádicos de juzgamientos (...)"<sup>46</sup>

Con la evolución doctrinaria y legislativa se fue dando extensiones al tipo penal objeto de estudio, a pesar de las altivas voces críticas que se levantaron en virtud de considerar al peculado como una figura eminentemente dirigida a las protección de los fondos públicos; afirmando que este delito debe tratarse con mucho celo, consecuentemente no debe darse un trato indiscriminado sobre el mismo, extendiéndole a la actividad financiera.

En el Código Penal de 1960, las normas sobre el delito de peculado se encuentran en el libro segundo, Título III: De los delitos contra la administración pública, capítulo V: de la violación de los deberes de los funcionarios públicos, de la usurpación de atribuciones y de los abusos de autoridad.

Finalmente, en 1971 se elabora una codificación al Código Penal, haciendo una recopilación de todas las reformas realizadas desde de 1960. Es promulgada en el Registro Oficial No 147 de 22 de enero de 1971, que se encuentra vigente hasta la actualidad con pequeñas modificaciones.

La figura penal del peculado puede definirse como el hecho doloso por el cual "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. Se entenderá por malversación la aplicación de fondos a fines distintos de los previstos en el presupuesto respectivo, cuando este hecho implique, además, abuso en provecho personal o de terceros con fines

---

<sup>46</sup> Varios, "Derecho Procesal Penal Ecuatoriano", Tomo II, Talleres Gráficos Minerva, Quito- Ecuador, 1953, Pág. 460.

extraños al servicio público. También están comprendidos (...) 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 hubieren contribuido al cometimiento de estos ilícitos”<sup>47</sup>

“El Dr. Guillermo Cabanellas, define en su Diccionario de Derecho Usual, al PECULADO, derivado del latín “Peculatum”, como sustracción, apropiación o aplicación indebida de fondos públicos por aquel a quien está confiada su custodia o administración. El Dr. Joaquín Estriche, en su Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, expresa que PECULADO es la sustracción de caudales del erario público hechas por las mismas personas que los manejan.”<sup>48</sup>

La jurisprudencia no ha adoctrinado sobre las características constitutivas de los delitos de peculado, que consiste en “el **abuso de fondos o efectos públicos o privados por parte de funcionarios públicos encargados de su manejo**, ya consista dicho abuso en desfalco, malversación, disposición arbitraria u otra forma semejante”<sup>49</sup>

“Lo esencial del delito de peculado no radica en la sustracción, distracción, malversación o cambio de vínculo de los bienes públicos, sino, ante todo y sobre todo, en faltar a la fidelidad que todo servidor público para con los bienes que están a su cargo y responsabilidad”<sup>50</sup>

La Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia se equivoca al definir “la esencia del Peculado como la disposición arbitraria de fondos públicos (...) la disposición arbitraria es una consecuencia de la violación del deber de fidelidad del servidor público: quien comete el delito de peculado primero viola su deber de fidelidad y, como consecuencia de esta violación, dispone

---

<sup>47</sup> Artículo 275 del Código de Penal

<sup>48</sup> Gaceta Judicial No 9, de Mayo a agosto de 2002, Página 2852

<sup>49</sup> Gaceta Judicial No 12, de Mayo a Agosto de 2003, página 3901

<sup>50</sup> CUEVA CARRION, Luis, “Peculado”, Ediciones Cueva Carrión, primera edición, año 2006, página 81.

arbitrariamente de los bienes públicos, abusa de ellos o permite que otros lo hagan”<sup>51</sup>

El peculado como tal, en consecuencia de lo dicho, es un delito que atenta contra la administración pública, que para su funcionamiento requiere de persona capacitadas y dotadas de una amplia moral y sentido de responsabilidad notable sobre otras personas, ya que éstos manejarán fondos públicos o privados en calidades de dignidades, funcionarios o empleados públicos a quienes se les confía el manejo y administración de tales bienes.

El delito de peculado no es un delito contra el patrimonio, a pesar de que los bienes públicos son de todos los integrantes del Estado, ergo aquellos nos pertenecen por lo que la afectación es generalizada a cada miembro de la sociedad ecuatoriana, debido a que por medio de éste, se sustraen bienes materiales que conforman el patrimonio mismo. Pero a pesar de que la consecuencia jurídica del delito en estudio es la apropiación o distracción de bienes públicos, su génesis es el abuso de confianza, el abuso a la fidelidad que se le ha encargado al trabajador público, hablando en sentido amplio, que conduce a que los objetos materiales susceptibles de apropiación, distracción u otra forma semejante se los disponga de otra forma a lo ordenado o previsto.

De las enseñanzas adquiridas, el peculado no puede ser cometido por cualquier persona que ostente las calidades antes invocadas, sino que debe ser en virtud o razón de su cargo. Es decir, que aquellas personas, funcionarios públicos que atenten contra los bienes del Estado o privados, por las funciones a ellos encargados, serán susceptibles de perseguírseles bajo la figura tipo del peculado, de lo contrario, se hablaría de la existencia de delitos relacionados al hurto o incluso al robo, si se quiere. Es decir, se trata de un delito especial por cuanto

---

<sup>51</sup> CUEVA CARRION, Luis, Op. cit, 82-83.

requiere de determinados presupuestos para su cumplimiento; hay infracción del deber que fue confiado al encargado del servicio público, en términos generales.

Por la indelicadeza del funcionario público, a quién se le presto la confianza necesaria para la administración, custodia, mantenimiento, etcétera de las cosas públicas o privadas en razón de su cargo, es que la pena supera a la de los delitos comunes contra la propiedad, ya que el núcleo del delito en el caso del peculado es el abuso de los bienes fiscales o privados en razón del cargo del funcionario público.

El peculado bancario, por el contrario, no requiere que la persona que abusa de los bienes del banco sea un trabajador público, sino que debe ser una persona encargada de tal o cual actividad particular que tenga acceso a los dineros depositados, que constituyen patrimonio del banco, y se los apropie, en provecho suyo o de terceros, abusando de su calidad en razón del cargo que ostenta, causando perjuicio a la institución financiera y al Estado per se, debido a que dicho funcionario atentó contra el bien jurídico protegido de orden económico social, que constituye este delito impropio que motiva la acción pública de instancia oficial.

En consecuencia, el peculado bancario existe jurídicamente dentro del Código Penal y no es una figura traída de los cabellos, ni invento de los doctrinarios en presunta violación a la norma constitucional del artículo 121, que hace referencia al peculado bajo el siguiente tenor:

*“Las normas para establecer la **responsabilidad** administrativa, civil y penal por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos, se aplicarán **a los dignatarios, funcionarios y servidores de los organismos e instituciones del Estado.***

***Los dignatarios elegidos por votación popular, los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado y***

*los funcionarios y servidores públicos en general, estarán sujetos a las sanciones establecidas por comisión de delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán aun en ausencia de los acusados. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, **aunque no tengan las calidades antes señaladas**; ellos serán sancionados de acuerdo a su grado de responsabilidad.”* (el énfasis es mío)

No es del caso ponernos a analizar los sujetos públicos, integrantes de la administración pública, contra quienes esta norma se dirige, por cuanto no es nuestra intención el estudio concreto del peculado dentro de la esfera de la administración pública, hecho, que sin duda, no deja lugar a pensar de la importancia de este tipo penal ante la necesidad de regular y proteger al Estado, per se, entendiéndose a éste como integrador de todos los ciudadanos de un determinado territorio político, contra los abusos y arbitrariedades que los funcionarios públicos y demás sujetos determinados en la norma constitucional, puedan hacer de los intereses económicos de todos estos integrantes, a quienes se les ha encomendado administrar con la eficiencia y diligencia que emplearía un buen padre de familia.

Sin embargo de lo anterior, es necesario, para los fines de este trabajo, resaltar lo legislado en las últimas líneas de este artículo, la parte pertinente que vuelvo a transcribir: ***Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aunque no tengan las calidades antes señaladas; ellos serán sancionados de acuerdo a su grado de responsabilidad.***

La norma constitucional trascrita no es, a todas luces, limitativa hacia los funcionarios públicos como únicos *permitidos* de cometer delitos de peculado; dicha norma, al interpretarla se presume extensiva hacia todas aquellas personas que de alguna forma administran bienes ajenos, que debido a sus funciones,



deben cumplir con aquella eficiente y prudente administración como la de un buen padre de familia, que, al violentar esos parámetros, caería en sanciones civiles o administrativas, en primer plano, pero si aquella mala administración deviene por consecuencias dolosas como la de beneficiarse o beneficiar a terceros a costa de una disposición arbitraria u otra semejante de los bienes, cualesquiera que sean y se encuentren sancionados en el Artículo 257 del Código Penal, entonces deben ser perseguidos por cometimiento del delito de peculado, que, conforme a la norma constitucional, éste será imprescriptible y los juicios se iniciarán y continuarán aun en ausencia de los acusados, a quienes, por mandato constitucional, se les restringe principios del debido proceso como son los de inmediación indicado en el artículo 194 de la Constitución Política de la República.

Etimológicamente la palabra “**perseguirlos**” es derivada de perseguir, palabra que significa por definición que trae la Real Academia de la Lengua, que: ***Seguir al que va huyendo con ánimo de alcanzarle ... 5. Proceder judicialmente contra uno. Por Ext., se aplica a las faltas o delitos. PERSEGUIR las infracciones.*** (Lo negro, cursivo y subrayado es mío)

Como queda dicho, la acción penal del peculado es perseguible, constitucionalmente, incluso a aquellas personas que no tiene las calidades invocadas por el artículo 121 de la Constitución Política de la República; es decir, en este orden: los dignatarios elegidos por votación popular; los funcionarios públicos y los servidores públicos en general.

Para darle un mejor entendimiento a este precepto constitucional, es preciso diferenciar entre cada uno de los trabajadores públicos referidos:

**6.1 Dignatario:** “Es aquel que ejerce autoridad con gran mérito, está ubicado en el vértice superior de la Administración Pública y, en el desarrollo de su actividad refleja: excelencia, decoro y grandeza.... En el campo estrictamente jurídico, el dignatario es aquel que accede a la administración pública mediante elección popular; por lo tanto, recibe el mandato directamente del pueblo y sólo éste puede

revocarlo cuando se cumplan las condiciones constitucionales y legales previamente establecidas”<sup>52</sup>.

La propia Constitución nos deja abierta la puerta hacia este entendimiento cuando habla de los dignatarios elegidos por votación popular (...), en el artículo antes referido; o cuando el artículo 101 de la misma norma suprema prescribe: no podrán ser candidatos a **dignidad** alguna de elección popular... (el énfasis es mío), y así muchas otras normas de rango constitucional tratan a los dignatarios o dignidades como correctamente dice el Autor Cueva Carrión, en la cúspide de la administración pública, en la que se encuentra el Presidente de la República como el máximo dignatario del Estado.

El Artículo 5 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones, enseña:

“No están comprendidos en el Servicio Civil: .... A) los dignatarios o autoridades elegidos por votación popular”<sup>53</sup>

**6.2 Funcionario Público:** “...Es el ciudadano designado para ejercer funciones públicas; expresa la voluntad del Estado o del órgano Estatal y, en consecuencia, los representa. Posee imperium, es decir, ejerce la voluntad pública”<sup>54</sup>

Es a decir del autor, por poner un ejemplo, los Ministros de Estado son funcionarios públicos por cumplir con los presupuestos para constituirse en ello. Expresar la voluntad del Estado.

**6.3 Empleado Público:** “Es quién presta un servicio público o quien se encarga del despacho de los negocios privados. ...Es importante destacar que, empleado, es quien realiza actividades inmateriales (servicio, despacho), para diferenciarlo del trabajador que ejecuta una labor eminentemente material, como la ejecución

---

<sup>52</sup> CUEVA CARRIÓN, Luis, Op. cit., página 103-104

<sup>53</sup> Art. 5 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones.

<sup>54</sup> CUEVA CARRIÓN, Luis, Op. cit., página 101.

de una obra...Son empleados públicos todas las personas naturales que realizan una actividad primordialmente intelectual a favor del Estado, de las entidades de derecho público, de derecho privado con finalidad social o pública y de todas las que, en forma total o parcial, se financien con impuestos o tasas fiscales. El empleado público no expresa la voluntad del Estado no lo representa; ejerce su actividad dentro de una esfera determinada. Jerárquicamente está bajo las ordenes de un funcionario”<sup>55</sup>

Este es el orden piramidal de la administración pública, a la que se refiere el artículo 121 de la Constitución de la República. Por servidores públicos entenderemos que son la generalidad de todas aquellas personas que prestan sus servicios directa o indirectamente al Estado, sea cual fuere su institución.

El invocado artículo 121 de la Constitución, a su parte final se refiere a aquellas **personas que no tengan las calidades antes señaladas**, por esto deberá entenderse, por simple exclusión, que se refiere a todas las personas no comprendidas dentro de la administración pública en el orden antes indicado. Es decir, que las personas particulares, por mandato expreso de la Constitución se les puede perseguir penalmente por el delito de peculado en cualquiera de sus formas y, al igual que el funcionario público, bajo los mismos parámetros que establece dicho artículo en contra de éstos: **La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles.**

La Corte Suprema de Justicia se ha referido a la extensión del radio de acción del peculado hacia las persona particulares, funcionarios privados que por lógica, no son funcionarios públicos, pero que al igual que ellos se encuentran como posibles sujetos activos del cometimiento del delito de peculado.

La Primera Sala de lo Penal, en resolución 480-2002 reflejada en la Gaceta Judicial Serie XVII número 11, se pronuncia al respecto de la extensibilidad del

---

<sup>55</sup> Ibid, página 99

ilícito de peculado hacia las personas ajenas a la función pública, al tenor de la siguiente reflexión: “ *La discusión doctrinal quedó resuelta en nuestro país al expedirse las reformas a la Constitución Política del 16 de enero de 1996, codificadas en el texto publicado en el Registro Oficial 696 de 18 de junio de ese año, cuyo artículo 74 extiende la responsabilidad de los servidores y funcionarios públicos, así como de las autoridades elegidas por votación popular que se enriquezcan ilícitamente, a quienes en el delito aunque no ostentes las calidades antes señaladas...Así pues, bajo lo dispuesto en la Constitución Política desde el 16 de enero de 1996, los extraños a la administración pública que participen en el cometimiento o en los resultados de los delitos que solo pueden cometerlo las autoridades, funcionarios y servidores públicos en razón de su cargo, deben ser juzgados y sancionados como si tuvieran la calidad que exige el tipo penal respectivo, de acuerdo con su grado de responsabilidad, esto es como de autores, cómplices o encubridores.- En suma los artículos 74 de la Constitución codificada en 1996 y 121 de la Constitución vigente desde el 10 de Agosto 1998, contienen la voluntad del legislador, como dispositivo amplificador del tipo especial, de extender el ámbito de aplicabilidad a personas que aun tener (deberá entenderse como que aún no teniendo) las calidades exigidas para que el autor coadyuve con este a la ejecución del delito de un modo principal...’<sup>56</sup>*

La segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, expide la siguiente resolución, la cual en su parte resolutive manifiesta: “...c) *que hubiesen cometido tales actos aprovechándose de que dichos bienes estuvieron en su poder, en virtud o en razón de su cargo. Que no comete únicamente delito de peculado quien tiene en su poder tales bienes o recursos, sino el que tiene facultad para disponer de ellos o posibilidad de hacerlo, como en el caso que se juzga, por éste motivo, se ha declarado autores de tal infracción a Ejecutivos, Directivos, Gerente, Ministros Estado, Presidente de la República, que no tuvieron recursos en su poder ni su función concedía tal facultad, en cambio tuvieron la potestad para disponer sobre ellos. **La Constitución Política en su Art. 121 declara que la***

---

<sup>56</sup> Resolución No. 480-2002, publicada en la Gaceta Judicial Serie XVII No 11, de Enero –Abril de 2003.

**responsabilidad administrativa, civil y penal por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos, la tienen no solamente los funcionarios, dignatarios y servidores de organismos es instituciones del Estado, sino también quienes no tengan tales calidades, extendiendo aún a los particulares la incriminación del delito de peculado....**<sup>57</sup> (El énfasis es mío).

Como se puede apreciar de estas resoluciones de casación, la Corte Suprema de Justicia del Ecuador reconoce en toda su extensión, la incriminación que un particular, no servidor público, puede tener frente al delito de peculado, gracias al mandato constitucional tantas veces referido.

Como se dejó dicho anteriormente y lo reiteran las citadas resoluciones, la interpretación que debe hacerse al artículo 121 es de simple exclusión. Los servidores o trabajadores se dividen en dos grandes grupos: empleados públicos y empleados privados. No puede haber otro grupo porque simplemente no tiene cabida.

De esta división que comprende el derecho, se define de la lectura del indicado artículo qué, los servidores públicos podrán cometer peculado si su conducta se adecua al tipo penal; pero también afirma que “estas normas se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aunque **no tengan las calidades antes señaladas**”<sup>58</sup>, por tanto, aplicando la exclusión, si esta norma hacia referencia a los funcionarios públicos, en sentido amplio, y luego afirma que esta normas se aplicarán incluso a aquellos que no tengas las calidades antes señaladas, significa que el delito de peculado es también perseguible a toda persona que no sea funcionario público, o servidor público. Es decir, esta norma está también dirigida a las personas particulares, a los funcionarios privados.

---

<sup>57</sup> Resolución No. 369-2001, publicada en la Gaceta Judicial Serie XVII No 7, de Septiembre – -Diciembre de 2001.

<sup>58</sup> Artículo 121 de la Constitución Política del Ecuador

De lo anterior se coligue que el delito de peculado bancario deberá procederse de igual forma como se lo haría contra un servidor público, institución pública o personas encargadas de servicios públicos, conforme a lo inserto en la Constitución Política sobre la tipicidad o conducta adecuada al hecho típico, antijurídico, culpable y punible descrito en el tipo penal. Al banquero, accionista, director o persona con alguna autoridad dentro del Banco, deberá seguirse la acción penal por peculado conforme a las normas del artículo 121 de la Constitución, numeral 27 del artículo 23 y artículo 24 del mismo texto constitucional, excepto que no contará con el derecho de ser procesado en juicio en su presencia ante el juez o Tribunal que lo juzgará, por cumplimiento al indicado principio de inmediación, el cual por el mismo mandato constitucional es suprimido.

#### **7. Imputabilidad de la persona jurídica que por el delito de peculado bancario se comete en su nombre.**

Antes de continuar con este esquema sobre la responsabilidad penal que por peculado bancario puede ser sujeto el empresario, llámese banquero para este caso, o la persona jurídica representada por un banco o institución financiera, encontrándonos en la obligación de preguntarnos si en realidad existe la posibilidad de peculado sobre los depósitos que los clientes del banco tienen en su institución; sea que por negligencia, descuido o dolo, ésta ha disipado dichos ahorros en perjuicio de sus clientes, conllevando a consecuencias penales contra los administradores del banco y la entidad misma en virtud de la tipicidad de peculado bancario inserta en la ley penal?, o el bancos y sus administradores y representantes únicamente deben responder por incumplimiento contractual lo que implica responsabilidad civil por esa razón?; pues el acto de entregar el dinero a una institución financiera, bancaria, consiste en la apertura de una cuenta de ahorros o corriente definida bajo el concepto del contrato de depósito, figura que se encuentra regulado en el Código Civil y Código de Comercio.

El artículo 2116 del Código Civil define la figura contractual del depósito bajo la siguiente definición a saber: “ Llámese en general depósito el **contrato en que se confía una cosa corporal** a una persona que se encarga de guardarla y de **restituirla en especie... la cosa depositada se llama también depósito**” (lo resaltado es mio)

El contrato de depósito se perfecciona con la entrega de la cosa al depositario. El depósito es de dos maneras: el depósito propiamente dicho y el Secuestro (Art. 2111 CC)

El depósito que nos interesa es el contrato de depósito propiamente dicho, el cual al tenor literal del artículo 2120 del mismo cuerpo legal, dice: “El depósito propiamente dicho es un **contrato** en que una de las partes entrega a la otra una **cosa corporal mueble**, para que la guarde, y la **restituya en especie** a voluntad del depositante” (lo subrayado es mío)

Del texto de ese artículo, se infiere que el depositante, cliente del banco, entrega a su favor un valor monetario para que éste lo resguarde hasta cuando exija la restitución de su bien.

Del artículo mencionado, se desprende que el bien que debe hacerse entrega al depositante, es un bien corporal mueble, que a decir del artículo 585 del Código Civil, son “las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí mismas, como los animales (...), sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas”

En el grupo de los bienes corporales muebles, debe considerarse al dinero como uno de ellos, además de ser un bien fungible, que son aquellos que por su uso se destruyen o gastan.

En virtud de la característica que comprende el dinero, es que la ley ha dispuesto que cuando el depósito es en moneda y no esta en contenedor cerrado cuya llave debe tener el depositante, o con otras precauciones que hagan imposible tomarlo sin su fractura, se presume que el depositante esta permitido de usarlo; estando obligado, sin embargo, a restituirlo en la mismo género y calidad con todas sus accesiones y frutos, es decir, los intereses que devenguen por el tiempo que se mantuvo en manos del depositario.

El depósito al que hago referencia es irregular por cuanto el contrato es de aquellos “en que el depositario, en lugar de la misma cosa que ha recibido, se obliga a restituir otra del mismo género y calidad... el depositario ya no es deudor de una especie o cuerpo cierto sino de una cosa genérica.”<sup>59</sup> El contrato de depósito irregular, en definitiva, es un título traslativo de dominio.

La norma en referencia es clara y no merece otra cosa que la interpretación literal de sus letras, más cuando termina diciendo “... **el depositario estará obligado a restituir otro tanto en dinero, de acuerdo a la ley**”<sup>60</sup> (la negrita es mía)

A lo que hemos visto hasta aquí, se encuentra una semejanza entre el contrato de depósito irregular con el contrato de mutuo o préstamo de consumo, que en la parte pertinente a nuestro estudio, dice en su artículo 2102 del Código Civil, que si “**se ha prestado dinero, sólo se debe la suma numérica enunciada en el contrato**” (la negrita es mía), sin perjuicio a que las partes estipulen libremente los intereses sobre el capital principal de la deuda. (Art. 2108 CC) sin poder exceder, en todo caso, de los máximos legales que imponga la ley. (Art. 2109 Inc. 1ro CC).

Dentro de esta suerte de comparación de contratos, se aduce que “**el banco o institución de ahorro que recibe depósitos de dinero se encuentra**

<sup>59</sup> MEZA BARROS, Ramón Op. cit., Página 42.

<sup>60</sup> Artículo 2126 Código Civil codificado, publicado en el Registro Oficial Suplemento No 46 de 24 de junio de 2005.



**prácticamente en la misma situación que si los hubiera recibido en préstamo, máxime si por dicho dinero paga un interés”<sup>61</sup>**

“La diferencia teóricamente estriba en que el préstamo supone un plazo pendiente en el cual no puede demandarse la restitución, en tanto que en el depósito debe efectuarse cuando el depositante lo requiera.”<sup>62</sup>

La Corte Suprema de Justicia en un fallo dictado dentro del Juicio penal por peculado bancario que se siguió contra Alejandro Peñafiel Salgado, en su considerando Décimo Cuarto, el cual transcribo textualmente, afirma: “... En relación con la alegada violación del Artículo 257 del Código Penal, este Tribunal de Casación, luego de examinar el proceso, encuentra que la imputación de peculado se efectuó por los acusadores particulares por considerar que se habían abusado de sus fondos-depositados en el Banco de Prestamos S.A.- encargados al manejo del procesado como administrador principal, y que el abuso consiste en la no devolución de sus depósitos a plazo fijo; vinculando el abuso de los fondos con el ocultamiento o falsedad de informaciones financieras referidas en el artículo 131 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, vigente al tiempo de los hechos, porque con esas infracciones se escondió el peculado. La imputación de los acusadores particulares parte de un concepto falso, **creer que al depositar sus fondos a plazo fijo en un banco siguen siendo los fondos de propiedad de los depositantes y que si se abusa de los fondos de su propiedad se comete el delito de peculado contra ellos**, perjudicándoles directamente, de lo que surge su derecho para acusar el delito y reclamar indemnizaciones.- No es así porque según el Artículo 2153 del Código Civil (2126 Actual codificación), en el depósito de dinero, si no es en arca cerrada, “cuya llave tenga el depositante, o con otras precauciones que haga imposible tomarlo sin fractura, se presumirá que se permite emplearlo, y el depositario estará obligado a restituir otro tanto en dinero, de acuerdo con la ley”. Es decir, **cuando se hace**

<sup>61</sup> MEZA BARROS, Ramón Ob. Cit, Página 43.

<sup>62</sup> Ibid, Página 43.

**depósito de dinero en un banco a plazo fijo, permitiendo que se lo emplee, lo que en realidad se hace es un préstamo, porque esos depósitos generan intereses**, y especialmente porque según el artículo 2126 del mismo código (2099 Codificación actual) es préstamo de consumo (mutuo) la entrega que hace una de las partes a la otra, de cierta cantidad de cosas fungibles (entre ellas el dinero) con cargo de restitución; préstamo que conforme el artículo 2127 Ibidem ( 2100 Codificación actual) se perfecciona con la tradición y “la tradición transfiere el dominio”. **Por tanto el dinero de los clientes del Banco que hacen depósitos, a plazo fijo, pasan a ser de propiedad del Banco, que en contraprestación debe pagar al depositante la suma numérica enunciada en el contrato ( en el caso, en el depósito) según el artículo 2129 del Código Civil (2102 Codificación actual), y, si por mandato de ley el depositario transfiere el dominio a favor del Banco, el abuso de los fondos del Banco no puede ser acusado penalmente sino por el propio Banco perjudicado o por el Ministerio Público por tratarse de un delito de acción penal pública. Como los depositantes de dinero en un banco no tienen la calidad de dueños de esos depósitos, no pueden ser ofendidos por el abuso que se haga de los fondos del banco, ni aún en caso de sustracción; y si no son, ni pueden ser considerados como, ofendidos, carecen de derecho para deducir acusación particular, imputando el delito de abuso de los fondos del banco, porque según el artículo 34 del Código de Procedimiento penal, únicamente pueden proponer acusación particular “el ofendido”, sus parientes o su representante legal, e indiscutiblemente no pueden ser ofendidos por el delito de abuso de fondos, quien no sea dueño de los fondos abusados...”<sup>63</sup> (el énfasis es mío)**

Para abundar en el tema, y no dejar cabos sueltos, entraré a exponer sobre el depósito en materia mercantil, toda vez que el artículo 3 del Código de Comercio preceptúa que son actos de comercio, ya parte de todos los contratantes, ya parte de alguno de ellos solamente:

---

<sup>63</sup> Resolución No 314-2044, publicado en la Gaceta Judicial Serie XVII No 14 de Enero a Abril de 2004, Página 4646.

- 6) El depósito de mercaderías, las agencias de consocios mercantiles y las empresas de martillo.
- 9) las operaciones de banco.

Los dos numerales advertidos son los que interesan para determinar la naturaleza jurídica del depósito de dinero en las instituciones financieras, a fin de confirmar lo que el derecho civil nos ha manifestado sobre la imposibilidad de que exista el delito de peculado en los depósitos de dinero que se regulan bajo sus normas, en virtud de que, como lo he indicado transparentemente, dichos depósitos pasan a ser parte del patrimonio del banco, en calidad o semejanza al de préstamo de consumo.

El contrato de depósito mercantil es aquel “en el que una persona (deponente o depositante) entrega a otra (depositario) una cosa mueble, con el propósito de que la custodie y devuelva a petición del depositante”<sup>64</sup>

Ahora bien, el mismo Código de Comercio desconoce la condición de depósito mercantil sino reúne las circunstancias impuestas en la misma norma del artículo 654 del dicho cuerpo legal, las cuales son:

1. Que el depositante y el depositario tengan la calidad de comerciantes; y,
2. Que se haga el depósito a consecuencia de una operación mercantil.

Dentro de estos parámetros que impone la ley, no cabe otra cosa que decir, que no todos los que practican un depósito en institución financiera se verán realizando un depósito mercantil; así, el empleado de una empresa que labora en aquella bajo relación de dependencia, no cumple con el segundo supuesto que

---

<sup>64</sup> CEVALLOS VÁSQUEZ, Víctor,” Manual de derecho mercantil”, 3ra Edición Revisada, Ampliada y Actualizada, Editorial jurídica del Ecuador, 2002, página 331.

señala la ley mercantil, en tanto en cuanto el origen de su depósito no deviene de una operación mercantil, sino, de una relación laboral.

Tampoco se cumple el primer presupuesto en razón de que el empleado no es comerciante, ya que para ser tal, recordemos, la persona debe estar inscrita en dicha calidad en el registro mercantil, adquiriendo de esa formalidad, la matrícula de comercio que exige la ley para que la persona sea considerada como un comerciante.

En conclusión a este ejemplo, si el banco hiciera uso indebido de los fondos depositados por este empleado, no existiría motivo alguno para seguirle una acción de peculado bancario, toda vez que los depósitos realizados por este individuo pasan a las arcas del banco como capital propio en razón de la figura de depósito antes estudiada en relación con el préstamo de consumo.

De esta profundización, se desprende que lo que le queda a este sujeto no es otra cosa que seguir una acción civil por incumplimiento de contrato, debiendo exigir en su pretensión la restitución del capital depositado, más los intereses causados y los perjuicios irrogados por el quebrantamiento contractual implicado el Banco.

Indistintamente a la acción civil a que tiene lugar los afectados por este incumplimiento contractual, el derecho nos concede la oportunidad de contar con otra vía factible para hacer valer los derechos fuera del ámbito económico, persiguiendo al culpable por la vía penal mediante la figura denominada abuso de confianza.

Este tipo penal se constituye por distraer o disipar escritos que contengan obligaciones, contratos, que hayan sido entregados con la condición de restituirlos o hacer de ellos un uso o empleo determinado. De la lectura del artículo 560 del Código Penal, se desprende que para la configuración de este delito se requiere que exista dolo por las consideraciones que implica el hecho de desviar las

obligaciones comprendidas en el contrato para beneficio propio o de terceros en perjuicio directo del otro contratante.

No todos somos comerciantes debido a que no cumplimos con las formalidades legales para ser denominados así, y tampoco nuestros ingresos o fondos que son depositados en los bancos o instituciones financieras provienen de actos mercantiles, en consecuencia, estamos obligados por ley a remitirnos a los mandatos del Código Civil.

Según Roque Garrido y Jorge Zago, citados por el autor Víctor Cevallos Vásquez, definen los efectos del depósito irregular en “la obligación de devolver la totalidad de las cosas consumibles o fungibles recibidas, en la misma calidad y especie; por otra parte, al ser depósito irregular, es natural el uso de la cosa depositada, pues se transfiere la propiedad, sin que se pueda invocar la imposibilidad de devolución, ya que el género nunca perece”<sup>65</sup>

El capítulo que trata del depósito mercantil en el Código del Comercio, nada dice sobre los depósitos irregulares o aquellos depósitos hechos mediante la entrega de cosas fungibles o consumibles, por lo que, al parecer, debemos acogernos a los criterios de los tratadistas como la del citado autor, y al artículo 5 del Código indicado, que nos remite al Código Civil en todo cuanto no se encuentre normado en esta ley.

Pero de lo transcrito sobre el criterio al que el autor Cevallos Vásquez hace referencia, cabe admitir, que conforme a la razón, todo depósito hecho sobre bienes de consumo o fungibles serán entregados al depositario para su uso, goce y disposición, mediante el contrato de depósito irregular, que como ya vimos, es un contrato traslativo de dominio, por lo que, el Banco podrá disponer de dichos fondos como si fuesen suyos propios, sin perjuicio del derecho que tiene el depositante de continuarle una acción de daños y perjuicios por incumplimiento de

---

<sup>65</sup> Ibid, página 334

contrato, si el Banco no restituyó los valores a que estaba obligado de hacerlo cuando su cliente exigió la restitución de los valores por él entregados.

Este incumplimiento contractual, al igual que cualquier otro, da derecho al acreedor a exigir el pago de capital más los intereses que se devenguen por el tiempo en que el cumplimiento del pago exigido no se ejecute; es decir, a más de los intereses que deben ser pagados por el valor del dinero que es mantenido en cuenta, por considerar al capital como productivo de intereses, de acuerdo al artículo 547 del Código de Comercio, deberán considerarse los intereses que por mora deben ser sumados.

El artículo 1567 del Código Civil dice que el deudor se constituirá en mora desde que no se ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirle en mora.

Dentro del ámbito mercantil, es sabido que para requerirle al deudor en mora, basta con pedirle el cumplimiento de la obligación sin necesidad de requerimiento judicial como en algunos casos exigidos por la ley civil. El artículo 558 del código de Comercio afirma que (...) la mora del deudor no dará más derecho al acreedor que a **exigir** la cantidad prestada, con los intereses respectivos (...). De acuerdo con la simple lectura del artículo, determinamos, que en concordancia con el Artículo 1567 del Código Civil antes citado, el deudor se constituye en mora por el simple hecho de conminarle al cumplimiento de la obligación.

A pesar la acción civil o mercantil a la que tiene derecho el acreedor, éste, en vista del vasto incumplimiento, y por la naturaleza jurídica del contrato de cuenta corriente o depósito, en el cual, la entidad financiera se ve en el deber de hacer entrega del dinero solicitado por el acreedor cuando éste así lo dispone, debiendo el banco entregar la totalidad o parte del dinero que se encuentra bajo su administración.

Hemos visto que hay argumentos legales para seguir la vía civil o comercial haciendo exigible la entrega de los fondos puestos en cuenta por el cliente, o acreedor; pero cabría preguntarse si existe posibilidad de continuar una acción penal en contra del banco?

El tipo penal que cumpliría con los presupuestos jurídicos dentro de esta situación, es la del abuso de confianza, ya que entre estos presupuesto legales que se requiere para configurar este delito, están precisamente la disipación o distraimiento de dinero entregado al banco bajo la obligación de restituirlo. Por tanto, el último presupuesto jurídico se cumple cuando la obligación de restitución del dinero al final no se lo entrega por desconocidos motivos. Pero a pesar de la existencia de esta posesión arbitraria de fondos ajenos, conviene determinar si tal distracción o disipación de los dineros depositados fueron dolosos, con afán de causar el daño al cliente, lo que demostraría la culpabilidad del deudor y con ello la configuración del delito de abuso de confianza quedaría debidamente estructurado.

En conclusión de lo anterior, se puede seguir una acción penal al banco haciendo uso de una de las teorías antes expuestas a fin de determinar la culpabilidad del banco y de acuerdo con la pena que a esta comprendería, a modo de ver en tanto en cuanto no se evidencia legislación que sancione penalmente a las personas naturales, debería cancelarse la institución por sentencia judicial.

Para que pueda encontrarse la posibilidad de que no sólo sea la persona jurídica sancionada penalmente por el cometimiento del ilícito, lo correcto sería que el juez, en base a lo que se ha dicho, decrete el levantamiento del velo societario para seguir las acciones civiles a los accionistas del banco, responsabilizándoles con todo su patrimonio, ya que no cuenta más la responsabilidad limitada a prorrata de las aportaciones dadas a la sociedad, como generalmente dice la doctrina y las normas legales.

A fin de completar con esta distinción, el mismo Código de Comercio, en título XII, que se inicia a partir del artículo 535, nos dice que “la cuenta corriente es un contrato en que una de las partes remite a la otra, o **recibe de ella en propiedad**, cantidades de dinero u otros valores, sin aplicación a un empleo determinado, **ni obligación de tener a la orden un valor o cantidad equivalente...**”

Con la finalidad de presentar un más claro panorama sobre el sentido de este artículo transcrito, me permito desmenuzarlo y desglosar los puntos de mayor relevancia, aquellos que dan vida práctica al contrato imposibilitando el análisis contrario, en razón de que el mismo es claro de claridad absoluta.

El artículo nos dice que la cuenta corriente es un contrato en el que una de las partes **remite**. Remitir, significa, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua: Enviar una cosa a determinada persona de otro lugar; 3. Dejar, diferir, suspender; 4. Ceder perder una cosa parte de su intensidad.

Es decir, una de las partes entrega, deja, envía, cede o pierde parte de algo, debido a que la otra parte que recibe en propiedad, dice la norma, entendiéndose a esta entrega hecha como cantidades de dinero u otros valores; sin tener la obligación de tener a la orden un valor o cantidad equivalente. A la orden, de conformidad al mismo diccionario apelado, es: “**Expresión que denota ser transferible, por endoso, un valor comercial**”. Y según el Derecho Procesal Civil, constituyen títulos ejecutivos los pagarés a la orden, toda vez que son obligaciones líquidas, puras y de plazo vencido. Significa, en pocas palabras, que el banco o institución financiera que recibe los dineros en cuenta corriente, no está obligado a tener dinero inmediato para el cliente, o, de ejecución inmediata para su entrega, a pesar de que no se debe desconocer que es una orden incondicional de pagar una cantidad determinada.

En conclusión, de lo que se ha dicho y estudiado en este tema, se desprende que, en primer lugar no todas las personas jurídicas son susceptibles de cometer el



delito de peculado, en razón de que, como dice la norma legal del artículo 257 del Código Penal, en su inciso 4to, “ 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 delitos”<sup>66</sup> (la cursiva y negrita son míos).

De esta presumible coyuntura, se infiere que únicamente son sujetos punibles del derecho penal, las personas naturales que actuaron en el cometimiento del delito en estudio, lo cuál es un error según lo que se demostró en el capítulo primero de este trabajo. Más, como se demuestra de la Sentencia de Casación dictada el 25 de Marzo de 2002, se sienta razón de que el recurrente, Dr. Fernando Aspiazú Seminario se sirvió del Banco del Progreso para causar un perjuicio económico a Petrocomercial y por ende al Estado Ecuatoriano,...<sup>67</sup>. De este argumento, considero que, de no haberse liquidado y cancelado el Banco del Progreso, éste debió haber recibido una sanción penal administrativa que deje constancia al resto de personas jurídicas, sean estos Bancos o no, de que sus actuaciones también tienen repercusiones penales y son sujetas a fuertes multas que tienen por finalidad evitar, en un futuro, actos similares de otras personas jurídicas, al mismo tiempo que el Estado, a través de la Función Judicial sienta un precedente del que estas sociedades no son impunes y deben ajustar sus actividades a las normas jurídicas que regulan sus actos mercantiles; sin perjuicio, en todo caso, de los derechos de los afectados a exigir el pago de las indemnizaciones civiles que les corresponda.

Dentro del contexto de la responsabilidad penal de la persona jurídica, en el delito del peculado bancario, nos enfocaremos únicamente en las sociedades

---

<sup>66</sup> Artículo 257 Inc. 4to del Código Penal

<sup>67</sup> Gaceta Judicial No 9, de Mayo a Agosto de 2002, página 2857.

financieras en virtud de que como vimos en el párrafo inmediato anterior, la ley reconoce sólo a estas como sujetos punibles por delitos de peculado bancario.

Del análisis antes desarrollado sobre el peculado en el sentido de si dicho tipo penal puede ser atribuido a un banco por el manejo indebido de los fondos de los depositantes que han confiado en su institución para el resguardo de los mismos con la correspondiente generación de intereses legales que les corresponden por dejar usar esos fondo al banco, para reinversiones; colocar dinero; prestar fondos a otros depositantes o terceras personas; financiar obras; o, comprar bienes.

Todas las mencionadas son actividades que quedan legalmente autorizadas a las instituciones del sistema financiero, en virtud del artículo 51 de la Ley General de Instituciones del sistema Financiero.

En el supuesto no consentido de que el banco adquiriera arbitrariamente los dineros o bienes depositados dentro de sus cuentas corrientes, de ahorros o la vista, entendiéndose que en este caso la disposición es una conducta dolosa lo que daría lugar al cometimiento del delito de peculado bancario siguiendo la línea de pensamiento que deja el artículo 257 del Código Penal. Pero, a pesar de que dicha conducta que daría lugar a entenderla como delito, hecho que lo es pero bajo otras circunstancias por la naturaleza jurídica del contrato que hace imposible llegar a concluir con el tipo penal que en este trabajo se describe, y eso tiene sentido sin se analiza más detenidamente en contexto que tiene la entrega y administración de los fondos a las instituciones sometidas a la ley general de las instituciones del sistema financiero.

El banco, en consideración al contrato de depósito y de cuanta corriente, estudiados, no se debe responsabilizar penalmente por la administración financiera o crediticia que mantiene con sus clientes; que bien puede ser dolosa como también culposa por haberse encontrado en ellas una administración negligente o descuidada; empero, el dolo también está asumido en las actividades

civiles y el Código Civil reconoce esa responsabilidad a través de la culpa lata que de conformidad con el artículo 29 inciso segundo del Código Civil, distingue las clases de culpas y entre ellas se equipara al dolo con la culpa grave en los siguientes términos, a saber: ... Esta culpa (grave) en materias civiles, equivale al dolo. (Entiéndase dolo en materia civil)

Es decir, en vista de que después de comprender que en materia civil como mercantil la figura del peculado es inaplicable, no solamente por la materia, sino por la naturaleza con la cual se administran los fondos de los depositantes, quienes al entregar el dinero al banco perfeccionan la tradición mediante el título traslativo de dominio que constituye el contrato de depósito como el de cuenta corriente; y teniendo presente, sobre todo que el depósito sobre bienes fungibles o consumibles es un contrato irregular, por tanto, dichos valores también pasan a ser parte del patrimonio del banco como cuando a una persona le presta dinero el banco, ese valor prestado pasa a ser parte del patrimonio del prestamista, quedando en la obligación de restituir tal valor, con los intereses legales o acordados entre las partes, dentro del plazo estipulado entre los mismos.

Sucede exactamente lo mismo cuando el depositante confía sus bienes corporales muebles al banco, en calidad de depositario, para que éste haga generar intereses en la medida de la contraprestación por el derecho que le otorga de disponer de ese dinero bajo la condición de que cuando pida la restitución de sus depósitos, el banco los entregue sin inconveniente alguno.

Como vimos anteriormente, el depósito irregular se diferencia del contrato de préstamo de consumo en cuanto a que el primero no tiene plazo de restitución de lo entregado, mientras que el segundo sí.

En base de lo anterior, queda reflejado que el contrato de depósito irregular es un título traslativo de dominio y por tanto con la entrega de la cosa se configura la tradición, quedando pendiente o en estado suspensivo el derecho de pedir la

restitución de la cosa en igual cantidad y especie más los intereses devengados por el derecho entregado al Banco, en cualquier tiempo y lugar, de manera inmediata, o dentro de un plazo razonable, conforme a la costumbre del negocio.

Igual cosa acontece con el contrato de cuenta corriente, que como se ha determinado sus consecuencias jurídicas son muy asimilables a las del contrato de depósito irregular.

En ambos casos, contrato de depósito y/o cuenta corriente, debe entenderse que lo que existe es traspaso de dominio sobre los derechos materiales, es decir, el dinero depositado; sin embargo, debe dejarse claro que no existe tradición en cuanto a los derechos subjetivos de la persona, cliente del banco, de ahí, que la institución financiera se encuentra obligada a la restitución del dinero depositado cuando el cliente deje expresa indicación de que desea que el banco o institución financiera proceda así.

La ley no es clara, pero debe entenderse en ese sentido la transferencia de dominio que se ejerce mediante el título del contrato, cualquier que este sea. Yo le entendería como una figura jurídica sui generis, por cuanto el título traslativo de dominio indicado contemplaría únicamente los derechos materiales u objetivos pero no los subjetivos que tiene el cliente sobre dichos bienes. Por eso, debería entenderse también el porqué de la clasificación que se da a estos contratos como de irregulares, en cuanto a que los bienes depositados son fungibles y por tanto pueden ser perfectamente utilizados por las instituciones bancarias a su gusto, dentro del marco admitido por la ley.

En conclusión, la persona Jurídica de naturaleza privada, por las argumentaciones entregadas, debidamente motivadas y razonadas, no es sujeto punible de delito de peculado bancario en tanto en cuanto, el derecho civil y mercantil impiden el cometimiento del mismo por las consideraciones expuestas; luego, las personas jurídicas de naturaleza privada que tengan por objeto social cualquier otra

actividad ajena a negocios financieros, tampoco pueden cometer peculado por cuanto la ley penal no las recibe dentro del artículo 275 del Código Penal.

### **8. Teoría de sobre la responsabilidad penal que tiene la institución financiera por el uso arbitrario o fraudulento de los bienes depositados en sus cuentas. (Delito de Peculado Bancario)**

“En los delitos financieros, el bien jurídico es el adecuado funcionamiento de un importante sector económico, que el Estado regula a través de normas jurídicas, cuya violación afecta, así sea en forma mediata, la marcha adecuada de la economía de una sociedad, inclusive más allá de los daños que las personas en particular puedan sufrir...”<sup>68</sup>

En efecto como se refiere del Dr. Ernesto Albán, nuestra tipificación sobre el peculado bancario no es mediante la utilización de una técnica jurídica, sino que mediante reformas que se han hecho, desde la indicada en 1941, el legislador únicamente le fue agregando contenido hasta llegar a lo que hoy es el artículo 257 del Código Penal, bajo la una penosa readecuación del tipo penal, que a la hora de la hora resulta una contraposición hablar de peculado en materia privada cuando la doctrina, el código penal y nuestra Constitución Política hablan de que el peculado es una figura que lesiona la correcta marcha de la administración pública, y por tal, debemos entenderla como “la estructura orgánica compuesta por situadas en las tres Funciones del Estado, las mismas que por su contenido material son legislativas, gubernativas, o jurisdiccionales, a las que hay que agregar la puramente administrativa, ésta última debe sujetarse a las leyes que rigen las áreas respectivas”<sup>69</sup>.

Bien dice el Dr. Albán, que la figura de peculado bancario nace, no del estudio doctrinario de la figura, o de las disposiciones comparadas en legislaciones de países que contaban ya con este tipo penal; sino, nace de la boca de los

---

<sup>68</sup> ALBÁN GÓMEZ, Ernesto, “Informe en Derecho”, página 2, 14 de Junio de 2006.

<sup>69</sup> CUEVA CARRION, Luis, Op cit., página 87.

periodistas y prensa en general quienes dieron un uso frecuente a este término mal dado y luego constituyó costumbre.

Dentro de la legislación colombiana, este delito se denomina “**utilización indebida de fondos captados al público**”, que se encuentra tipificada en el artículo 314 del nuevo Código Penal colombiano que entró en vigencia mediante la Ley 599 de 2000 publicada en el Diario Oficial del 24 de Julio del 2000, y cuyo tener literal es el siguiente:

*“El director, administrador, representante legal, o funcionario de entidades sometidas a la inspección y vigilancia de las Superintendencias Bancaria, de Valores o de Economía Solidaria, utilizando fondos captados del público, los destine sin autorización legal a operaciones dirigidas a adquirir el control de entidades sujetas a la vigilancia de las mencionadas Superintendencias, o de otras sociedades, incurrirá en prisión de dos a seis años y multa hasta de cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes”<sup>70</sup>*

De lo que la doctrina dice sobre el tipo al cual hago referencia, intentaré desmenuzar los elementos típicos para adecuarlos a lo manifestado por el artículo 257 del Código Penal ecuatoriano.

## **8.1 Sujetos del delito de peculado bancario:**

### **8.1.1 Sujeto activo:**

Hernando A. Hernández en su libro referido, dice que este ilícito comprende de un sujeto activo cualificado, pues su condición es la de ser un funcionario, administrador, ejecutivo o Empleado 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. Esta calificación proviene del derecho público económico.

---

<sup>70</sup> HERNÁNDEZ Q, Hernando A., Op.cit., página 385.

El precitado autor manifiesta que “si bien el tipo penal es monosubjetivo en cuanto al número de personas exigido para su realización, generalmente es el trasunto de la voluntad de un cuerpo colegiado (junta directiva)”

A diferencia del tipo penal colombiano, nuestra tipificación se refiere, no a un tipo penal monosubjetivo, entendiéndose a este como un sólo sujeto activo identificado como el banco representado por su administrador, director, representante legal y funcionario de la institución financiera, por cuanto su acción deviniera de la voluntad de la junta directiva, la cual es la voluntad de la sociedad. En nuestro caso, el “peculado bancario” debería ser considerado en cuanto al sujeto activo como plurisubjetivo por cuanto el inciso 4to del Artículo 257 del Código penal, se refiere a **funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de la institución**, lo que significaría que la acción penal, en caso de que se de la oportunidad de seguirla, no se continuaría en contra de la institución o de sus grupos directivos, sino que se le seguiría personalmente al autor del ilícito, pudiendo ser éste cualquiera de quién ostente una de las calidades subjetivas antes invocadas.

Nuestra norma penal, de su simple lectura, deja en entre dicho la posibilidad de accionar la tutela jurídica del Estado en materia penal en contra de persona jurídica cualquiera, en especial, una entidad financiera.

### **8.1.2 Sujeto pasivo:**

El bien jurídico protegido en este delito es el orden económico social, el cual le corresponde al Estado velar por que su cumplimiento no sea alterado bajo ninguna circunstancia. Bajo esta premisa, es indiscutible que el titular del bien jurídico protegido es la Sociedad General identificada a ésta a través del Estado, y por tanto su alteración perjudica directamente a ésta debido a que el cometimiento de este ilícito lesiona el orden económico social del cual, como ya se ha dicho, el Estado es el responsable y eso lo convierte en sujeto pasivo del delito.

Empero, lo dicho no significa conculcar los derechos violentados de los ciudadanos, entendiéndose a éstos como personas naturales e incluso personas jurídicas afectadas por la utilización indebida de los fondos por ellos destinados a las instituciones del sistema financiero privado de un Estado. Para ello, el autor dice que éstos pueden pedir el resarcimiento de los daños causados mediante las acciones civiles que les amparan.

Esto último no comparto, por cuanto están conculcando derechos limitándolos a recibir una protección pecuniaria, que en fin, es parte del deseo que se siente para sentirse protegidos jurídicamente, pero la amonestación pecuniaria que recibirían las instituciones sería solo una parte de lo que los ciudadanos tendrían derecho a exigir, toda vez, que la tutela jurídica del Estado debe ser completa y no llegar únicamente al aspecto pecuniario de la sanción, permitiendo que tal institución financiera continúe operando sin más pena que la civil, cuando lo que completaría el verdadero principio de seguridad jurídica, por el cual todo los ciudadanos de un Estado deben sentirse despreocupados, es liquidándola judicialmente, y alcanzando a todos los accionistas que tuvieron que ver con la decisión adoptada y ejecutada por la persona jurídica.

### **8.2 Conducta:**

La conducta en este tipo penal, dice el autor mencionado, consiste en **destinar** los recursos captados del público para lograr el control de entidades sujetas a la vigilancia de las Superintendencias bancarias, de valores, de la Economía Solidaria o de otras sociedades. (El énfasis es mío)

Evidentemente, esta realidad colombiana no se adecua a la de nuestro artículo 257, ya que el de aquellos es muy limitado en comparación con lo que dice nuestro Código Penal, tomando en cuenta que lo legislado en nuestro texto es una adecuación de la conducta típica del peculado, a lo que propiamente debe reconocérselo como tal, adecuándolo al ámbito privado malinterpretando la esencia del peculado que atenta contra la administración pública contra una indebida utilización de los fondos captados del público que, a todas luces no



constituye alteración a la administración pública, por cuanto en el ilícito no participa funcionario público no bienes públicos, como es en el peculado propiamente dicho. La denominación atribuida al delito en estudio es absolutamente incoherente y carente de toda técnica jurídica.

En el caso de la conducta típica de nuestro peculado bancario, es el ***abuso 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 u otra forma semejante***. Es decir, que el verbo rector sería **abusar** en cualquiera de las formas descritas por el tipo.

### **8.3 Objeto:**

#### **8.3.1 Objeto jurídico:**

El objeto jurídico en la utilización de fondos captados al público (peculado bancario) los constituye el orden económico social, el cual es: la protección del interés público general sobre el interés particular o individual de los ciudadanos.

Hernando A. Hernández Quintero, remitiéndose al doctrinario Juan Antonio Martoz Nuñez analizando la relación delito económico-orden económico social, que nuestra Constitución también lo reseña en su Título XII Del sistema Económico, dice que el delito económico ataca las normas jurídico penales que protege el orden público económico, sin perjuicio de los intereses patrimoniales que pueda afectar, concluyendo que, indefectiblemente en este ilícito el bien jurídico que se tutela es el orden público económico.

El autor concluye en boca del mismo tratadista: “En resumen, el interés estatal en la integridad y mantenimiento del orden económico constituye el bien jurídico protegido técnicamente por el derecho penal económico...”

En conclusión, el objeto jurídico protegido es la confianza en el sistema económico implementado por un Estado, para la seguridad de sus ciudadanos en el acceso

libre y confiable a las instituciones, pública o privadas, que día a día administran cuantiosas sumas de dinero que, tienen que ser protegidas por las normas penales a fin de evitar el desconcierto económico motivado por delitos que alteran el orden económico social. Es decir, de todos los integrantes de un mismo Estado por ser ese el interés protector del mismo.

### **8.3.2 Objeto Material:**

El objeto material de la infracción son los fondos captados del público, a manera de utilizarlos para fines no permitidos por las leyes ni por la voluntad de las partes, constituyendo y uso abusivo de lo mismos, de parte de los funcionarios, en sentido lato, de una institución financiera, pública o privada, sujeto al control de la ley General de Instituciones del Sistema Financiero, a través de la Superintendencia de Bancos y Seguros.

## **9. Es la persona Jurídica susceptible de ser sujeto punible por la ley penal en consecuencia del hecho ilícito de peculado bancario?**

La figura que sanciona la tipicidad del peculado bancario cometido por una persona jurídica con objeto social regulado por la Superintendencia de Bancos y Seguros, así como por la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, tendría plena validez jurídica y aplicabilidad si no fuese porque en derecho, el Derecho Penal es la última instancia que tiene el individuo en sociedad para hacer valer sus derechos violentados y no resguardados por el derecho común, dejando el legislador la oportunidad, mediante la tipificación de la norma penal, permitir al ciudadano acudir a las instancias judiciales y exigir la sanción penal que le debe corresponder al infractor; sin embargo, el derecho civil y mercantil no dan cabida al derecho penal para sancionar el peculado financiero cometido por personas jurídicas de derecho privado, en consideración a que no se puede hacer uso indebido del dinero propio. Es decir, hacer perder la fuerza del tipo penal ya que ésta no tiene ni a que, ni sobre que sancionar.

Los contratos estudiados del depósito irregular y de cuenta corriente dejan sin piso al tipo penal del peculado bancario en razón de que descomponen los elementos constitutivos del tipo penal de peculado bancario.

Este análisis es tomado desde el punto de vista de la ley civil y mercantil, como evidentemente puede darse cuenta el lector; sin embargo, cabe distinguir la posibilidad del cometimiento del peculado bancario visto desde la perspectiva de que los directores, administradores, etcétera, del banco utilicen esos fondos recaudados mediante depósitos u otras actividades autorizadas por la ley, para que en uso arbitrario, fraudulento, abusivo, se beneficien a sí mismos como a terceros, perjudicando a los clientes de la institución, a la institución per sé y alterando, en consecuencia el orden económico social, conforme lo estudiamos en el temario anterior. Ante esta eventualidad, se deduce que el peculado bancario es plenamente aceptable y por lo tanto perseguible de oficio por el Ministerio público.

Se habla de peculado, no cuando el banco, por decisión de su Junta General o Directorio, dispone el uso de esos bienes para fines autorizados dentro de las normas legales; pero sí existe peculado, cuando se dispone el uso de los dineros públicos o ajenos, para beneficio propio y de terceros, mediante el cumplimiento de la norma penal, en la cual, por la sola conducta abusiva, se confecciona el dolo.

#### **10. Responsabilidad penal de la persona jurídica frente a la responsabilidad civil derivada del delito de peculado bancario**

Como se ha dejado sentado la inaplicabilidad del artículo 275 del Código Penal en todo lo referente al denominado peculado bancario, y afirmando que este trabajo no es exclusivo de esta figura delictual, sino que abarca sobre todo las responsabilidades penales que puede tener la persona jurídica en aquellos hechos repudiados por el derecho; y que se encuentran tipificados en el mismo código antes mencionado, quitando exclusividad al peculado bancario.

Lo importante era definir la existencia del delito referido por cuanto implica muchas cosas a la vez que como se vio, no tiene simplemente una dirección hacia lo penal, sino que engloba muchas otras figuras del derecho que desvirtúan la capacidad de tipificación.

Ahora que hemos dejado en claro, que no voy a continuar topando el tema del peculado bancario, sino que me voy a remitir a los delitos en general, sin hacer alusión a ninguno en especial.

Dentro del tema que tengo que reflexionar, comenzaré diciendo que en la generalidad de los delitos, se prevé una responsabilidad civil luego de determinar la el futuro del acusado, siempre que éste sea sancionado según el derecho.

Esto tiene una razón lógica de ser, y es porque el acusado, persona que mientras no tenga sentencia acusatoria, será inocente según las disposiciones constitucionales y la costumbre universal; en tal virtud, si el acusado resulta absuelto o declarado inocente mediante sentencia, mal puede el acusador particular, si lo hubiere, seguir una acción de daños y perjuicios sobre algo inexistente, que de conformidad con la realidad procesal no probó la existencia de delito alguno que conduzca a la oportuna eventualidad de pedir el resarcimiento de los perjuicios causados por el hecho reprobado por la sociedad a través de la ley.

En otras palabras, como se puede perseguir los daños civiles, si de los daños penales no resultaron evidencias o pruebas que justifiquen su existencia, lo único que se ha probado, en ese supuesto, es la inocencia del acusado y no otra cosa, por lo tanto, no se lo puede seguir los daños civiles por cuanto no hay daños morales ni materiales derivados del delito, demostrados en la audiencia de juzgamiento.

A lo que me he ceñido en esta corta reflexión, es al principio de prejudicialidad que existe en nuestro derecho como existe en las legislaciones extranjeras.

El doctor Ricardo Vaca Andrade citando al Diccionario Jurídico de G. Cabanellas, señala que es “aquello que requiere decisión previa al asunto o sentencia principal. De examen o decisión preliminar, referido a ciertas acciones o excepciones”<sup>71</sup>

La prejudicialidad tiene también otra razón de ser diferente a la expuesta en líneas anteriores, y es que, lo que busca este principio, como una misma conducta que puede tener repercusiones en diferentes campos del derecho, los jueces con competencia para conocer de esas divergencias resultantes de esa misma acción, estarían en posibilidad de proveer a la justicia una situación de inestabilidad o de inseguridad jurídica, por cuanto el pronunciamiento de un juez puede diferir profundamente con la sentencia de otro juez, estacionando al ciudadano en una suerte de indecisión, por no saber a ciencia exacta sobre cual decisión apearse. Las dos son contradictorias y generan angustia al que ha buscado la tutela jurídica del Estado, como aquel contra quien se dirigió la pretensión y la acción penal.

Para evitar esa conflagración de posibilidades que pueda surgir al individuo, la ley ha dispuesto, en el artículo 41 del Código de Procedimiento Penal en el inciso tercero, que: **“por tanto, no podrá demandarse la indemnización civil derivada de la infracción penal mientras no exista una sentencia penal condenatoria que declare a una persona responsable de la infracción”** (la negrilla es mía)

En conclusión, siempre va a existir responsabilidad civil de la persona jurídica, si de ésta se resolvió penalmente su futuro; sólo ahí, los perjudicados por la conducta penalmente sancionada por el Tribunal Penal, según nuestra legislación,

---

<sup>71</sup> VACA ANDRADE, Ricardo Dr.,” Manual de derecho procesal penal”, tomo I, segunda Edición , Página 246.

podrán pedir el resarcimiento de los daños y perjuicios causados, para ser indemnizados por el valor correspondiente al detrimento sufrido.

### **11. La acción civil y penal frente al mismo hecho ilícito:**

Hemos visto que la acción civil y penal no son incompatibles, al contrario, son complementarias para que el ilícito cometido sea sancionado de conformidad con las diferentes modalidades jurídicas que presenta nuestro derecho, respetando la prejudicialidad debido a que en caso de incumplirla, las acciones iniciadas se frustrarían por improcedencia de la acción, dejando como resultado la impunidad en lo civil y penal, debido al principio del non bis in idem. Es decir, nos enfrentaríamos a la presencia de juzgar dos veces por un mismo delito a igual persona, lo cual, es a todas luces inconstitucional en relación al numeral 16 del artículo 24 de la nuestra Constitución, y además viola los principios universales de derecho.

La diferencia básica entre la acción civil de la penal, radica en la sanción y la pena que se le imputa al reo. Como ya lo vimos anteriormente, la sanción penal denominada pena, es una prevención especial que crea el legislador para con el fin de resocializar al culpable privándolo de otros derechos o bienes jurídicos que implican en sí una situación penosa para el sujeto; esto se diferencia de la sanción civil reparadora, la cual es una prevención general porque supone una reparación equitativa al daño causado en cuanto es una sanción retributiva. Esta sanción es meramente ajena al campo de lo penal y aplicable a las otras ramas del derecho. “Cuando se ordena el pago de una indemnización por incumplimiento de un contrato se repara el daño que el incumplimiento ha causado; etc. Esta es la verdadera sanción retributiva: la sanción no penal, en que la retribución constituye una reparación, único sentido en que la retribución puede ser racional, porque la retribución por la retribución misma no lo sería”<sup>72</sup>

---

<sup>72</sup> ZAFARRONI, Raúl Eugenio, Op cit., Página 60

## 12. ¿Existe violación al principio constitucional y penal del Non bis in Idem?

Evidentemente no existe violación al principio del non bis in idem en virtud de que para la persecución de los intereses legales que la víctima pudiera tener sobre la restitución del estado inicial de las cosas, es decir, que las cosas regresen, en la medida de lo posible, al estado en el que se encontraban antes de que sus derechos hayan sido violentados, tanto en el campo civil cuanto en el penal. Así, el afectado por tales hechos, podrá hacer exigible, a través de la tutela jurídica que debe prestar el Estado al ciudadano para protegerlo de todos aquellos acontecimientos de los cuales requiere de su intervención por razones de orden y seguridad, como también de garantía de igualdad legal frente al actor o victimario ante sus afectaciones sufridas, para que dentro del marco de la ley, sea reconocida su situación jurídica y mediante la fuerza jurisdiccional que tiene el juez, hacer que el victimario cumpla su sanción penal como indemnice a la afectada por todos los daños y perjuicios causados por su dolo y culpa.

En base de lo anterior, al reconocer la prejudicialidad en materia penal, en este caso en particular, no existe violación al principio constitucional de que *“nadie podrá ser juzgado mas de una vez por la misma causa”*<sup>73</sup> (lo cursivo es mío).

En conclusión en estos casos de delitos sobre los que versa acciones que afectan al patrimonio de los ciudadanos, e incluso aquellos que tienen causas perjudiciales contra la moral de las personas, son delitos de prejudicialidad penal que conllevan primero a una sanción de esa materia, para luego poder exigir el resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados y la cuantía correspondiente por el daño moral producido, ya que sabemos, que en jurisprudencia, en la doctrina y la ley, reconocen que en este tipo de afectaciones también pueden ser resarcidos con una obligación de dar, hacer o no hacer; en este caso, dar tanta cuanta suma de dinero según el cálculo hecho por el sufrimiento que la víctima ha debido cargar.

---

<sup>73</sup> Numeral 16 del Artículo 24 de la Constitución Política de la República del Ecuador.

Para dejar en claro este tema respecto del non bis in idem, es prudente hacer una distinción entre la sanción penal de la civil. Como ya lo anotamos en el cuanto tema del capítulo primero de este trabajo, la sanción penal es un complemento que otorga las sanciones civiles, mercantiles o administrativas, sobre la seguridad jurídica que brinda el Estado a sus conciudadanos. De este modo, la sanción penal busca restaurar el daño causado de una manera psicológica sobre la víctima en lugar del reparo indemnizatorio que busca las otras ramas del derecho, que lo hacen a través de imposiciones pecuniarias al causante del daño, lo que se denomina una prevención general en virtud de que el reparo que se hace es equivalente al daño causado, entonces existe una pena retributiva en la cual importa refaccionar el daño causado con una cantidad dineraria equivalente al mismo.

Esto no sucede en el ámbito penal, en el cual, la pena que recae sobre el imputado es una medida de prevención especial en la que, por medio del órgano competente, se pretende reinsertar al culpado de un delito, a la sociedad para que éste se convierta en un ciudadano de bien, o por lo menos que su condición social se vea mejorada.

A pesar de que ésta es la política penal sobre la reclusión o prisión de las personas, también es una forma de tranquilidad que todas aquellas que han sido víctimas, de una u otra forma, de la violencia que tiene lugar aquí y en cualquier otra parte del mundo, creando de esa forma un sentimiento de seguridad jurídica frente a hechos delictivos que, también dejan un ejemplo disuasivo de quienes buscan actuar de la misma forma, creando así un estado de seguridad jurídica, lo que conduce automáticamente a la confianza en el sistema judicial y a la idea de que puede sentirse protegido frente a cualquier adversidad. El derecho penal es el eslabón de la cadena que cierra el círculo de la seguridad jurídica cuando es necesario acudir a esta última instancia del derecho.



### Capítulo III

#### Los accionistas y administradores de la compañía como autores intelectuales

##### **13. La responsabilidad de los accionistas y administradores de la compañía frente a terceros perjudicados por la toma de decisión y ejecución del hecho ilícito perfeccionado a través de la persona jurídica.**

Volviendo a la responsabilidad de la persona jurídica en el campo penal, junto con la responsabilidad que los administradores y accionistas de la misma reunidos en junta general deberían tener por las resoluciones aprobadas y ejecutadas por la compañía, decisiones estas que perjudican a terceros de buena fe, sin que los primeros tengan en la actualidad igual responsabilidad penal en virtud de sus adopciones que por culpa o dolo de aquellos tendrían que responder. Entendemos al dolo dentro del campo civil como la culpa lata o la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro, como así lo sostiene el artículo 29 de Código Civil; o dentro del campo penal, que a su vez, el artículo 14 del Código Penal describe *como infracción dolosa aquella en que hay designio de causar daño, pudiendo ser ésta intencional o preterintencional, siendo la primera cuando “el acontecimiento dañoso es el resultado de la acción u omisión de que la ley hace depender la existencia de la infracción, que fue previsto y querido por el agente como consecuencia de su propia acción u omisión; y, es preterintencional cuando de la acción u omisión se deriva un acontecimiento dañoso mas grave que aquel que quiso el agente* (lo cursivo es mío). Para determinar el dolo, en el peculado, basta cumplir los preceptos determinados por el 257 del Código Penal que infiere que habrá dolo cuando se obtengan beneficios propios o a terceros mediante el uso abusivo de los fondos públicos o privados en manos de la empresa o de las personas a quienes se refiere esa disposición.

Frente a un abuso de los accionistas o encargados de la dirección y toma de decisión de la compañía, ésta se encontrará obligada a afrontar complicaciones ajenas a las ordenadas por el objeto social; debiendo en consecuencia responder

por la negligencia o malicia de los administradores que cumplen con las disposiciones de los accionistas, quienes aprovechando la individualidad de la personalidad jurídica de la empresa, utilizan a ésta para perpetrar actos que degeneran en ofensas a la sociedad, librándose luego de que la ley les de alcance a aquellos, en virtud de que, en principio, de acuerdo a nuestra legislación actual, la persona jurídica no puede ser responsable penalmente y por tanto lo máximo que puede suceder es que se vea sometida a un proceso civil por daños morales o por perjuicios, no llegando al patrimonio de los autores intelectuales de la conducta ilícita ocasionada, y eventualmente, pudiendo seguir solidariamente la acción contra el Gerente General o representante legal de la sociedad. De ahí, también la necesidad de implantar en nuestra legislación la figura del levantamiento del velo societario, en los términos ya explicados en los precedentes párrafos; lo que habilitaría ilimitar la responsabilidad limitada que tiene los accionistas frente a la sociedad, constituyéndoles como deudores solidarios de aquella.

Lo óptimo, desde este punto de vista, es que en primer lugar, como lo hemos visto anteriormente, la persona jurídica tenga responsabilidad penal y luego, que conforme la sanción administrativa penal, subsidiariamente o prejudicialmente, que sobretodo este último principio deviniera en lo correcto, facilitando continuar la acción penal en contra de los accionistas que dieron su voto favorable al acto antijurídico y culpable, como también contra aquellos que por comisión por omisión deben atenerse a la misma responsabilidad penal que la de aquellos que dieron su voto favorable, en razón de que su deber era la de denunciar a la empresa como a sus accionistas que votaron a favor de la acometida de la conducta típica y antijurídica, de conformidad con el artículo 12 del Código penal que ordena: “ no impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo”.

Es decir, de la interpretación literal de esta norma, se desprende que tan autor de un delito es aquel que lo comete, como quién debiendo impedir la comisión del

acto, no lo evita. En tal virtud, el derecho penal debe extender sus tentáculos no solo contra las personas jurídicas y su patrimonio, sino también contra los accionistas que facilitando el hecho delictivo con su voto y contra aquellos que haciendo de vista gorda de la resolución adoptada por la Junta General no denuncia la tentativa o intentan evitar por otro medio la realización de la conducta típica penal, deben ser castigados de la misma forma como se castigaría a los autores intelectuales y materiales del delito cometido.

En consecuencia de este análisis, los terceros perjudicados por la conducta criminal de la compañía, quedarían plenamente facultados para accionar contra la persona jurídica que, en efecto, cometió el delito, pero también contra los administradores que facilitaron y configuraron todo lo indispensable y requerido para que la sociedad cumpla con las disposiciones emanadas de la Junta General de Accionistas, y contra estos, quienes deben tenerse como los autores intelectuales del delito, toda vez que la persona jurídica como persona incapaz relativa que es, no puede actuar por si sola y menos adoptar decisiones que la beneficien o la perjudiquen, considerando que es una ficción del derecho y no esta inteligenciada para razonar y discernir entre lo correcto e incorrecto; de ahí la importancia de la Junta General de Accionistas, es “el órgano que caracteriza en forma esencial el aspecto de la sociedad anónima, sociedad de capitales que se desarrolla en un sistema de mayorías dentro de su característica de contrato colectivo...

Es por lo demás el órgano máximo de la sociedad, que se pronuncia tanto sobre su vida normal de la sociedad y sus resultados anuales, como sobre aspectos tan importantes como la modificación de estatutos, la disolución de la sociedad, etc...”<sup>74</sup>

De lo anterior de se infiere, lógicamente, que por ser la Junta General el órgano máximo de las sociedades anónimas, sus integrantes, los accionistas de la

---

<sup>74</sup> Morand Valdivieso, Luis, Op cit.,, página 113.

empresa, deber responder civil y penalmente por las resoluciones que acuerden en beneficio de la sociedad pero en perjuicio de terceros.

El artículo 230 de la Ley de Compañías corrobora lo precedente al decir: *“la Junta General formada por los accionistas legalmente convocados y reunidos, es el **órgano supremo de la compañía**”*<sup>75</sup> (El énfasis y la cursiva son míos)

El artículo 231 ibidem que regula las atribuciones y obligaciones de la Junta General de una Sociedad Anónima, en su numeral primero resuelve: “Nombrar y remover a los miembros de los organismos administrativos de la compañía, o a cualquier otro personero o funcionario cuyo cargo hubiere sido creado por el Estatuto, y designar o remover a los administradores, si en el Estatuto no se confiere esta facultad a otro organismo”<sup>76</sup>

El directorio que una compañía pueda tener, por atribución legal, es una creación de la Junta General de accionistas, órgano supremo de la sociedad que regulará la administración de la sociedad en base a ley y su Estatuto. Los demás miembros administrativos de la Sociedad Anónima, entre las que se encuentra el Directorio, Gerente General, Presidente y demás que cree la Junta General a través del Estatuto cumplirán las normas de funcionamiento de la compañía, según los preceptos estatutarios.

Lo anterior, determinará la responsabilidad civil, penal y administrativa que los miembros de la Junta General tengan en virtud de la realización y perfeccionamiento de un delito cometido por la Persona Jurídica al amparo de la voluntad de los miembros que conforman la Junta General de accionistas.

A diferencia de lo anterior, pero corroborando la supremacía de la Junta General de Accionistas en las sociedades mercantiles; los Bancos, por disposición expresa

---

<sup>75</sup> Artículo 230 de la Ley de Compañías publicada el Registro Oficial 312 de 5 de noviembre de 1999.

<sup>76</sup> Ley de Compañías, Op. cit., Art. 231

del artículo 30 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, ordena que la administración de las instituciones sujetas a su control estén a cargo del Directorio o del Consejo de Administración debiendo cumplir para ellos las atribuciones y deberes señaladas en la ley sin perjuicio de aquellas determinadas en los Estatutos de la Institución.

**14. Sanción penal para los accionistas y administradores de la compañía por delito de peculado bancario, paralela a la sanción civil que les corresponde por ser solidariamente responsables con la compañía.**

Del trabajo realizado, sobre todo del capítulo referente al peculado bancario, en su parte pertinente de las persona que ostentan un cargo dentro de una institución del sistema financiero, se deduce que no confeccionarse por cuanto el derecho penal es la última rama del derecho para hacer valer los daños producidos por gente inescrupulosa y que el derecho común o privado no los ha podido evitar, lo que necesariamente significa tener que acudir en busca del derecho penal para mantener la armonía de la sociedad.

Por la naturaleza misma del derecho penal frente a las otras ramas del derecho, el delito de peculado bancario no puede completarse menos ejecutarse debido a que el derecho privado lo impide a través de los contratos de depósito mercantil, civil y de cuenta corriente como ya lo hemos visto. De esta realidad, el tipo de peculado bancario es inexistente e inaplicable y por lo tanto, los accionistas u administradores de una sociedad anónima cuyo objeto social se refiera a actividades financieras o bancarias, precisamente, no pueden ser solidariamente responsables del hecho penal, a menos que de suyo hayan hecho uso abusivo de dineros ajenos en beneficio propio o de terceros mediante actividades fraudulentas, lo que significa que no serán solamente responsables por el ilícito penal, sino también por la responsabilidad contractual, civil o mercantil, que su actividad común implicaba.

Esto da lugar a que los terceros perjudicados por hechos relacionados al uso o disposición presuntamente perniciosos para su patrimonio, derivado del manejo doloso, en los términos tantas veces explicados, de los fondos depositados por aquellos en un banco o institución financiera, se vean facultados en reaccionar penalmente contra ésta, contra sus administradores y contra los accionistas del banco, si ellos tuvieron conocimiento y dieron expresa autorización para tener esa conducta como aquella del delito de peculado, sin perjuicio de que sean también aplicables otras figuras penales como el abuso de confianza si se logra establecer los presupuestos jurídicos para este tipo penal.

A pesar de lo anterior, los clientes afectados por la no restitución de sus depósitos, quedan plenamente facultados para continuar una acción en vía civil, por incumplimiento contractual con los daños y perjuicios producidos por ese acontecimiento tan dañino para los depositantes, entre lo que exigirán el reparo causado por el daño emergente y lucro cesante más los intereses que se devenguen por el tiempo que dure dicho incumplimiento con los demás beneficios que las leyes les otorgan.

#### **15. Probable peculado para los Administradores.**

El inciso 4to del artículo 257 del código penal habla de que “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 miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades** que hubieren contribuido al cometimiento de estos ilícitos.” (El énfasis es mío)

De la lectura de este inciso, pensaríamos que es muy probable que los administradores, a diferencias de las instituciones o personas jurídicas, si sean sujetos punibles del delito de peculado; empero, no hay como tomar la decisión y afirmar o negar esta posibilidad a la ligera. Es necesario profundizar para poder

reflexionar con fundamentos sobre si los administradores son o no sujetos punibles de este delito.

El artículo en referencia dice que se tendrá por peculado cuando toda persona encargada del manejo de **dineros** públicos o privados que haya **abusado** de ellos y que estuvieron en su poder en razón de su cargo, produciendo abuso, desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante de los que se obtenga provecho a favor personal o de terceros, será sancionada con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años.

Con este antecedente, motivaré el siguiente razonamiento para llegar a una conclusión final sobre el tema que me he planteado.

Tomado como referencia todo lo explicado sobre las motivaciones por las cuales considero que no existe el peculado bancario, comenzaré manifestando que del caso concreto, de un banco, que haya sido cancelado por insuficiencia de fondos, según la ley de instituciones del sistema financiero, respecto del patrimonio técnico que debe mantener un banco para no ser liquidado forzosamente por la ley, sin importar cuales sean las razones para que la Superintendencia de Bancos y Seguros adopte una posición tan extrema, pero legal como esa, misma que debió haber asumido cuando se vino la crisis bancaria en el Ecuador y que tantos problemas económicos contrajo, pudo haber cumplido su papel de fiscalizador y controlador de las instituciones a su cargo y evitar el desastre económico que hasta la presente fecha es palpable.

Sin importar cuales sean las causales por las que el patrimonio técnico de una institución financiera sea inferior al mínimo exigido por la ley, asumamos que se trata de abuso de fondos por parte de los administradores del banco, disposición arbitraria que se enmarca perfectamente entre los presupuestos del peculado, conduciendo a la quiebra del banco, perjudicando a los miles de clientes que habían puesto su confianza en la seriedad y responsabilidad que dicha institución

supuestamente preconizaba, produciendo un descalabro financiero contra otras instituciones financieras.

Bajo este ejemplo, trabajemos para determinar la responsabilidad penal de los administradores del banco dentro de la figura del peculado bancario.

Si bien es cierto, los administradores de este banco causaron un pánico económico a través de la institución a la cual dirigían, por cuanto los fondos que el banco administraba fueron maliciosamente utilizados para provecho propio de ellos o de terceros, alterado de esa forma el orden económico social, bien jurídico protegido por la ley penal dentro de los delitos económicos como es el peculado bancario, y cumpliendo otro de los presupuestos de este delito que es la abuso o aplicación de fondos a fines distintos de los previstos para provecho personal o de terceros. No importa a quien se haya aprovechado con estos usos indelicados de los dineros depositados en el banco, pero si interesa dejar sentado que de hecho, los administradores utilizaron dolosamente esos dineros que tenían fines financieros como destinar esos valores a inversiones aceptadas por la ley como por ejemplo constituir un fideicomiso para financiar programas de vivienda, o destinar esos fondos para reactivar las actividades industriales mediante el otorgamiento de préstamos a clientes o terceros que se dediquen a esas actividades concretas, o otras autorizadas por la ley.

Encontramos que los administradores se ven inmersos en tres presupuestos jurídicos para sospechar de un presunto peculado; ahora queda más que concretar que tipo de dineros fueron los que los administradores hicieron uso indebido.

Para responder a esta interrogante, debemos regresar y recordar que los dineros que depositan los clientes, en virtud del contrato consensual del depósito civil o mercantil, transfieren el dominio de esos valores al banco, para que éste los utilice y los restituya en igual especie o género, toda vez que “al ser depósito irregular, es



natural el uso de la cosa depositada, pues **se transfiere la propiedad**, sin que se pueda invocar la imposibilidad de devolución, ya que **el género nunca perece**”<sup>77</sup>

De lo dicho, inferimos que el peculado existe en razón de que estos administradores hacen uso indebido de fondos privados del Banco para provecho de los mismos, configurando, en consecuencia el delito del peculado del que habla el artículo 257 del código penal.

Hay que aclarar, para no dejar dudas, que el banco no puede cometer peculado bancario por cuanto los fondos que administra son de su propiedad y por consiguiente está, en todo caso, mal utilizando fondos propios; pero cabría la posibilidad de que utilice fondos, que depositados en él, por el giro legal de sus inversiones los use, distraendo el dinero en depósito, “haciendo actos de poseedor sin confundirse, ni objetivamente ( en cuanto no implica consumación, enajenación etc..), ni subjetivamente ( por cuanto no existe el ánimo de tener esa cosa como propia), con el acto del propietario, no se puede hablar de inversión de título, ni por consiguiente de peculado. Así no hay delito en el uso que el agente pueda hacer, precariamente, de las cosas que se le confían, pues no hay peculado de uso”<sup>78</sup>.

Lo contrario sucede cuando los administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones financieras disponen arbitrariamente de los fondos privados del banco para hacer negocios a nombre propio o de terceros y obteniendo de esas actividades que pueden o no ser lícitas, frutos para sí mismos y enriquecerse a costa de los dineros del patrimonio de la persona jurídica, lo que arrojaría como resultado, que la institución financiera como ofendida que se constituye, continuar la acción penal por delito de peculado contra aquellos quienes desviaron o distrajeron fondos del banco beneficiándose para sí o para terceros en virtud o razón de su cargo o función que desempeñaban en la institución.

---

<sup>77</sup> CEVALLOS VASQUEZ, Víctor, Op. cit., páginas 198- 199.

<sup>78</sup> Ibid, página 284.

A su vez, los depositantes, clientes del banco, en razón del contrato de depósito suscrito con la Institución, no pueden ejercer el derecho que le acoge al Banco por no ser los ofendidos en la distracción de los dineros del Banco; pero les ampara un derecho de perseguir la acción penal a través de la figura del abuso de confianza que responde a un quebrantamiento doloso del contrato de depósito o cuenta corriente voluntariamente suscrito entre las partes del negocio, por cuanto, fraudulentamente los administradores del Banco u otros relacionados a éste distrajeron o disiparon en perjuicio de éstos, de manera dolosa, un bien que fue entregado bajo la condición de ser restituido o utilizarlo de modo determinado, sin que nada de ello hubiere resultado en la forma como inicialmente estuvo estipulado.

La norma penal se queda corta considerando que los accionistas de los bancos también pueden realizar actividades personales con los dineros que son del banco, entrando dentro del contexto del peculado a que hace referencia la norma invocada.

Vale repetir que el patrimonio del banco es diferente al patrimonio de sus accionistas debido a que la institución financiera tiene personalidad jurídica propia a pesar de ser considerada por la ley como persona incapaz relativa y de esa forma lo entiende la Corte Suprema de Justicia al decir que “las personas jurídicas son independientes de las personas naturales -accionistas que las conforman- y, jamás sus patrimonios pueden confundirse”<sup>79</sup>

Por lo dicho, al ser el banco, el afectado directo de la arbitrariedad de las personas indicadas en la ley, quienes al hacer uso impropio de los bienes del banco, el único que pudiera seguir la acción penal, como principal afectado, es la misma institución financiera a través de su representante legal.

---

<sup>79</sup> Resolución 314-2044, Ob Cit, Página 4645

No obstante a lo anterior respecto de los derechos del banco, es importante determinar dentro de que clasificación debemos considerar al peculado, a fin de intentar continuar una acción penal a instancias del Estado.

Para resolver este interesante conflicto, la salida jurídica que los clientes perjudicados pudieran encontrar para aprovechar y buscar la posibilidad de que los administradores y demás del banco no queden en la impunidad, la ley, a través del Código de Procedimiento Penal, clasifica las acciones penales de las que puede valerse el individuo para que utilizando la última instancia que el derecho permite, contribuir al Estado y a la justicia para que este tipo de delitos no quede en el olvido y los responsables sean sancionados conforme a la ley penal y deje abiertas las puertas para que los directa e indirectamente perjudicados puedan hacer valer sus derechos civiles y exigir que en sentencia se ordene al condenado, adicionalmente, al pago de los daños y perjuicios causados a raíz del delito de peculado cometido.

El título II del Código de Procedimiento Penal que trata sobre la acción, contiene al artículo 32 que dice: “Desde el punto de vista de su ejercicio, la acción penal es de tres clases:

- a) Pública de instancia oficial
- b) Pública de instancia particular; y,
- c) Privada.

Cuando en las disposiciones de este Código se diga simplemente acción penal pública o acción pública, ha de entenderse que se alude tanto a la acción pública de instancia oficial, como a la acción pública de instancia particular”

Para definir dentro de que acción penal se encuentra el peculado, el artículo 34 del mismo cuerpo legal indica que: “La acción pública es de instancia particular en los siguientes delitos:

d) Estafa y otras defraudaciones.

Es decir, el peculado por su estructura, modo de perfeccionamiento y efectos que produce, debemos admitirlo como una clase de defraudación.

Rafael Miranda Gallino, citado por Hernando A Hernández Q, dice que “delito económico es la conducta punible que produce una ruptura en el equilibrio que debe existir para el normal desarrollo de las etapas del hecho económico; o bien, la conducta punible que atenta contra la integridad de las relaciones económicas públicas, privadas o mixtas y que, como consecuencia, ocasionan daño al orden que rige la actividad económica o provoca una situación de la que puede surgir este daño”<sup>80</sup>

El gobierno colombiano, “a través del 18 del Decreto 2920 de 1982, creó el delito de <Utilización Indevida de Fondos Captados del Público>, conocido también como la absorción interfinanciera, para sancionar a los directores, administradores, representantes legales y funcionarios de las entidades financieras que, utilizando fondos captados del público los destinen sin autorización legal a operaciones dirigidas a adquirir el control de entidades sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Bancaria, o de otras sociedades.”<sup>81</sup>

El peculado es un delito económico por cuanto, a lo que nos hemos referido altera el orden económico social mediante la utilización ilegal de fondos de los depositarios para negocios de los administradores, gerentes, etc., o de la misma institución, la cual se encontrará beneficiada por el dolo de aquellos o de si misma.

---

<sup>80</sup> HERNÁNDEZ Q, Hernando A., Op. cit., página 97.

<sup>81</sup> Ibid, página 386

El segundo inciso del artículo 33 del mismo Código ordena que **“el ejercicio de la acción pública de instancia particular, procederá solamente previa denuncia del ofendido”** (el énfasis es mío)

Es decir que, según la lectura de este artículo, el andamiaje penal, dentro de esta clase de acción, se ejercitará únicamente cuando el afectado o quien conozca del hecho presente la respectiva denuncia ante la Fiscalía, a fin de ésta comience con las investigaciones del caso.

El afectado u ofendido, para asegurar su participación dentro del proceso penal y complementar el trabajo realizado por la fiscalía, y más importante aún, poder exigir el resarcimiento de los daños y perjuicios irrogados en su contra por el imputado, si éste es llamado a juicio y condenado de acuerdo con la ley, podrá presentar su acusación particular si el fiscal que lleva la investigación considera que tiene los elementos necesarios para solicitar al juez penal la apertura de la instrucción fiscal. Desde esa apertura que se da a los ofendidos o perjudicados, éstos podrán pasar a ser considerados como parte procesal dentro del proceso que se ha instaurado, permitiéndoles participar directamente en la presentación de indicios probatorios que demuestren la culpabilidad del imputado o acusado (desde que se lo llama a juicio) y practicar pruebas que conduzcan al criterio del Tribunal a configurar la existencia del delito y la culpabilidad del mismo acusado, a fin de dictar sentencia acusatoria basando en los hechos y el derecho probado en la audiencia de juicio.

Como se dijo anteriormente, se requiere de la sentencia condenatoria para poder seguir la acción civil de daños y perjuicios.

#### **16. Penas alternativas para los accionistas y administradores de la compañía a cambio de la sanción privativa de libertad.**

En virtud de que el delito que acabamos de comprobar que existe sobre las personas de los administradores, trabajadores y demás indicados en la ley, se

debería encontrar para ellos una pena alternativa a la que estamos acostumbrados a escuchar. Es decir, la reclusión o prisión que en definitiva conducen a lo mismo: degeneración del ser humano debido a la carencia de políticas de Estado que estructuren un verdadero programa de rehabilitación social.

Sobre todo para gente que comete este tipo de delitos económicos sería prudente no enviarlos a prisión, sino que cumplan su condena de una manera mas formativa y positiva para la sociedad; donde exista el verdadero ejemplo que supone debe disuadir al ciudadano para que cometa delitos de esta naturaleza. Me refiero a ellos no solo como al peculado, sino también a las estafas y otras defraudaciones.

Los tratadistas y gente involucrada concientemente en el problema, coinciden que es necesario dar un tratamiento especial a estas personas, respondiendo a la situación especial en que ellos se encuentran; me refiero a que se los puede considerar como delincuentes peligrosos ya que sus actos conducen a situaciones peligrosas, debido a la dolosa capacidad intelectual que tienen para lograr cometer esos hechos muy especiales. Se basan en conocimientos científicos y experiencia para dominar la situación y lograr constituir una pantalla para que las autoridades y otros funcionarios privados o públicos no asimilen la realidad, dejándoles creer que todo se encuentra en perfecto estado y condición, cuando realmente es lo contrario. Las arcas privadas de la empresas en bancarrota y miles de personas desprotegidas y perjudicadas por esas mal intencionadas actividades ilegales.

Esta gente necesita de un entorno que les proteja pero que al mismo tiempo les discipline y les reeduce. Ellos no pueden volver a gerenciar, administrar, dirigir, poseer paquetes accionarios, no ser miembro de directorios de empresa cualquiera, pero debe contribuir con su trabajo a la sociedad y al Estado, por lo que debe idearse una verdadera rehabilitación, y eso pudiera lograrse con tratamientos psicológicos o psiquiátricos de ser necesario junto con un trabajo

social intensivo, a fin de que se reencuentre con la verdadera sociedad a la que tanto daño hizo con sus actividades ilícitas.

## **Capítulo IV**

### **Conclusiones y Recomendaciones**

#### **17. Conclusiones y recomendaciones**

El tema de estudio de la responsabilidad penal de la persona jurídica independientemente del capítulo que se refiere al peculado, que es otro asunto de análisis y reflexión, debe ser reconsiderado en el Ecuador, sino se lo ha hecho anteriormente, reconociendo el poder e influencia que tienen las personas naturales a través de estas ficciones del derecho, que como decía alguna lectura, son tan fuertes, que incluso hacer que los Estados adopten políticas por injerencia de la voluntad de las sociedades.

Estas influencias que llegan gracias al poder económico que logran amasar las personas jurídicas hacen que los administradores y gentes muy vinculados a estas empresas se conviertan en una especie de intocables y por consiguiente impunes ante el derecho y la sociedad.

Las empresas se han convertido en un escudo para cometer todo tipo de atrocidades que degeneran a la especie humana, haciéndola perder todo tipo de principios éticos y morales con el solo fin de hacer más dinero y de enriquecerse a costa de la utilización de **“su compañía”**. Esta situación que como venimos viendo esta totalmente deformada por cuanto sabemos que al tiempo de que se constituye una compañía, sea cual fuere, ésta desde que se inscribe en el Registro Mercantil tiene vida propia ya que cuenta con patrimonio exclusivo de ella y no de los integrantes de la misma; por tanto eso de referirse a la sociedad en términos como **“mi compañía”** es absolutamente incorrecto.

Precisamente este equivocado concepto de propiedad hace que los administradores, accionistas y gente con capacidad de decisión dentro de la empresa se consideren que pueden disponer de la misma a vista y paciencia de las autoridades, a sabiendas que lo que ella haga es independiente de quienes idearon tal o cual actividad incorrecta, por no hablar de ilegal en el sentido penal.

En un trabajo conjunto entre la Superintendencia de Compañías y otras entidades públicas han elaborado un cuestionario sobre las reformas que deberían hacerse a la ley de compañías. Entre las preguntas que comprendían, habían algunas relacionadas con la sanción a las personas jurídicas por actos ilícitos que esas pudieran cometer, pero dejando entenderse que las sanciones que sobre ellas deberían recaer, serían aplicadas por la Superintendencia de Compañías por ser el ente fiscalizador y regulador de estas sociedades.

En principio eso estaría correcto cuando se trate de violaciones administrativas, pero al tratarse de violaciones penales e incluso civiles, la Superintendencia debería estar en la obligación de oficiar la fiscal o al juez competente para que de por iniciado el procedimiento que corresponda de conformidad con la ley; sin embargo, estas que tienen que hacerse contra las personas jurídicas no pueden quedar ahí, sino seguir contra quienes ordenaron la comisión de los actos ilícitos a fin de que aquellos no queden impunes ante la justicia y reciban la sanción civil o penal que les corresponda, y a la compañía, pues, de igual forma, la sanción civil, administrativa o administrativa penal que sea la correcta.

La ley debe reordenar la sociedad porque nos encontramos en una especie de limbo donde todos hacen lo que quieren y no hay normas que controlen nuestras acciones, menos de las personas jurídicas.

Es necesario encontrar un camino de armonía donde las personas físicas o morales sepan que es lo que tiene que hacer y que no pueden hacer, para poder



evitar abusos de unos contra otros y convivamos en un verdadero estado de derecho que tanta falta hace a esta sociedad.

La legislación debe reformarse hacia la búsqueda de la no impunidad de las personas que se escudan atrás de una compañía, quienes a través de ellas cometen todos los delitos que han corrompido la sociedad, y no hablo solo en el Ecuador, por ejemplo aquel caso que expuse de la IBM y Banco Nación en Argentina, y eso solamente era sobre un contrato para modernizar el sistema informático de dicho banco estatal, porque en definitiva, se encontró claramente un paladino lavado de dinero proveniente de coimas y sobornos, pero ese es un caso no tan pernicioso, como las empresas que se encargan de lavar dinero proveniente del narcotráficos u otros delitos de igual o peor envergadura, enriqueciendo a los accionistas y administradores ilícitamente y quienes al final se tomarán las cosas con calma por que no existe legislación que les alcance y les condene bajo los parámetros legales.

La legislación del Ecuador requiere, urgentemente, reformas que actualicen nuestras leyes y no simples reformas que enmienden o creen nuevos delitos. El país necesita desesperadamente un Código Penal moderno, sobre todas las cosas.

En relación al peculado bancario, creo que mis opiniones dejan claramente expresadas en el desarrollo del trabajo; sin embargo, creo necesario advertir que cuando empecé con ese capítulo mi idea sobre el peculado era plenamente opuesta a la que ahora cargo. Nunca me había puesto a analizar las repercusiones penales y civiles contra los accionistas, administradores y personas con capacidad de decisión dentro de una institución financiera, que a la par de sus malas y dolosas decisiones, son capaces de alterar el orden económico social de un Estado de derecho. De ahí la necesidad también de establecer más límites o más controles a las sociedades anónimas.

Este trabajo me apasionó de tal forma que lo elaboré en tiempo que menos me esperaba. Me parece que puede ser de gran ayuda porque tiene conceptos claros, no difusos y sobre todo es actual por lo que en corto tiempo estaremos enfrentándonos a la realidad que aquí trato de presentar, mas que todo en cuanto a la responsabilidad penal de la persona jurídica.

## Bibliografía

- Albán Gómez Ernesto: Informe en Derecho.
- Alessandri R. Arturo, Somarriva U. Manuel, Vodanovic H. Antonio: Tratado de derecho civil partes preliminar y general.
- Aboso Gustavo Eduardo, Abrales Sandro Fabio: Responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho penal.
- Baigún David: La responsabilidad penal de las personas jurídicas.
- Bateman Thomas S.: administración una ventaja competitiva.
- Borda Guillermo Julio: La persona jurídica y el corrimiento del velo societario.
- Cevallos Vásquez Víctor: Contratos Civiles y Mercantiles, Tomo II
- Código Civil.
- Código de Comercio.
- Código Penal.
- Código de Procedimiento Penal.
- Constitución Política de la República del Ecuador.
- Convención de la Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional.
- Convención americana de derechos humanos.
- Cueva Carrión Luis: Peculado.
- Gaceta Judicial No 7 Serie XVII.
- Gaceta Judicial No 9 de mayo a agosto de 2002.
- Gaceta Judicial No 11 Serie XVII.
- Gaceta Judicial No 12 de mayo a agosto de 2003.
- Gaceta Judicial No 14 Serie XVII.
- Goti Malamud: Persona jurídica y penalidad.
- García Caveró Percy: La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes.

- Hernández Q. Hernando A.: los delitos económicos en la actividad financiera.
- Juris Dictio, Revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito.
- Ley de Compañías.
- Ley de Instituciones del Sistema Financiero
- Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa de Unificación y Homologación de las Remuneraciones.
- Meza Barros Ramón: Manual de derecho civil, de las fuentes de las obligaciones Tomo II
- Morand Valdivieso Luis: Sociedades.
- Muñoz Conde Francisco: Teoría general del delito.
- Openheimer Andrés: Ojos vendados
- Pérez Borja Francisco: Apuntes para el estudio del código penal Tomo II
- Resolución No 192-03 de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia.
- Resolución No 314-2044 de la Primera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia.
- Resolución No 369-2001 de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia.
- Resolución No 482-2002 de la Primera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia.
- Vaca Andrade Ricardo: Manual de derecho procesal penal Tomo I y II.
- [www.wikipedia.org/wiki/Actus\\_reus](http://www.wikipedia.org/wiki/Actus_reus)
- Zaffaroni Raúl Eugenio: Manual de derecho penal parte general.