



FACULTAD DE DERECHO

EL DELITO DE CUELLO BLANCO.- EL PECULADO BANCARIO

“Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos establecidos para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la Republica”

Profesor Guía

Dr. Francisco Iturralde

Autor

Héctor Antonio López Cabrera

Año

2014

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos para un adecuado desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

Francisco Iturralde
Doctor en Jurisprudencia
C.I.: 0501071815

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

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

Héctor Antonio López Cabrera
C.I.: 1309877429

AGRADECIMIENTO

Al Gran Arquitecto del Universo por brindarme salud,

A mi padre Antonio y a mi Madre Patricia por guiarme a diario en el camino de la vida, por las enseñanzas brindadas y por el constante apoyo.

A mis hermanos Johan y Gabriela.

A la Universidad de las Américas y a mis profesores por el conocimiento y experiencia transmitida.

DEDICATORIA

Dedico el siguiente trabajo a mi querida abuelita Ketty Mendoza de Cabrera, por toda la alegría y cariño brindado, y por todos los consejos para ser un hombre de bien.

RESUMEN

La presente propuesta de investigación está orientada a identificar las formas de cometimiento de delitos cuyos elementos pueden estar encuadrados en el tipo penal del Peculado Bancario, así como también aclarar y proponer reformas al Procedimiento con el que se debe sustanciar el conocimiento de este tipo de delitos.

El análisis a la normativa sustantiva penal debe referirse al elemento constitutivo del tipo penal Peculado Bancario, así como también de la singularización de los actos dolosos o fraudulentos generados por la alta gerencia bancaria.

En la misma dirección, la propuesta del proyecto de tesis intenta desentrañar la legalidad de las Resoluciones expedidas por la Corte Nacional de Justicia respecto de la existencia de un informe previo de la Contraloría General del Estado, en que se determina indicios de responsabilidad penal como requisitos de procedibilidad para el inicio de la Instrucción Fiscal, en los casos que se refiere el artículo 257 del Código Penal; y, de la competencia de la Superintendencia de Bancos y Seguros que de conformidad a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero le compete al ente de control y a la Fiscalía General del Estado para el inicio de la acción penal por los delitos financieros.

ABSTRACT

The proposed research is aimed at identifying ways of commission of offenses whose elements may be based in the crime of Embezzlement Banking, as well as clarify and propose reforms to procedure with which to substantiate the knowledge of this type of crime

The analysis of the substantive criminal law should refer to the criminal element of the Bank Embezzlement, as well as the singling out of malicious or fraudulent acts generated by the bank management.

In the same direction, the proposed thesis attempts to clarify the legality of the resolutions issued by the National Court of Justice regarding the existence of a previous report of the Comptroller General, in determining evidence of criminal liability as requirements procedurability for the start of the Fiscal Instruction in the cases referred to in Article 257 of the Criminal Code and, within the jurisdiction of the Superintendency of Banking and Insurance that according to the General Law of Financial Institutions is responsible to control and the Attorney General of the State for the start of the prosecution for financial crimes.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1. CAPITULO I. NOCIONES GENERALES DEL DELITO DE CUELLO BLANCO	5
1.1.- Aspectos generales.	5
1.2.- Definición de delito de cuello blanco y su clasificación	6
1.3.- Como se castigan estos delitos	10
1.4.- Definición de servidor público y concepto de servidor privado	11
2. CAPITULO II. EL DELITO DE PECULADO	15
2.1.- Datos históricos.....	15
2.2.- Definición de peculado.....	17
2.3.- Clasificación del peculado.....	19
2.4.- Diferencia entre peculado propio e impropio.....	22
2.5.- El peculado público	24
2.6.- El peculado privado	27
3. CAPITULO III. EL DELITO DE PECULADO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA	29
3.1.- Historia del delito de peculado en el ecuador	29
3.2.- Feriado bancario en el ecuador en 1999.....	37
3.3.- La protección de victimas por el feriado bancario.....	40
3.4.- El peculado financiero y bancario caso filanbanco: breve análisis	43
3.5.- Las infracciones de las entidades financieras privadas	50

3.6.- Sujetos que interviene en el delito de peculado bancario privado.....	55
4. CAPITULO IV. NORMATIVA JURÍDICA PENAL DEL PECULADO BANCARIO.....	56
4.1.- Análisis integral del art. 257 del código penal y su reforma en la ley 99-26 del 13 de mayo de 1999	56
4.2.- La teoría de la participación en el peculado bancario a la luz de los artículos 42; 43; 44 y del artículo 257 del código penal.....	64
4.3 La acción penal por peculado bancario: legalidad o improcedencia del requisito de procedibilidad al sustentar un informe del organo de control.....	71
4.4.- Propuesta de reforma al art. 257 de código penal respecto del peculado bancario	75
4.5.- Propuesta de reforma al código de procedimiento penal para el inicio de la instrucción penal en el delito de peculado bancario.....	80
4.6.- Sanciones.....	81
4.7.- Recomendaciones y conclusiones.....	82
REFERENCIAS	88
ANEXOS.....	92

INTRODUCCIÓN

La propuesta del proyecto de tesis intenta dilucidar la legalidad de las Resoluciones expedidas por la Corte Nacional de Justicia respecto de la existencia de un informe previo de la Contraloría General del Estado, en que se determine indicios de responsabilidad penal como requisitos de procedibilidad para el inicio de la Instrucción Fiscal Penal, en los casos que se refiere el artículo 257 del Código Penal; y, de la competencia de la Superintendencia de Bancos y Seguros que de conformidad a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

La existencia de estos requisitos de procedibilidad evidencia una inconveniencia a la justicia para perseguir este tipo de delitos, que por su impacto social merece agilidad, prontitud, eficiencia y eficacia en la sustanciación y sanción de este tipo de delitos.

Será necesario debatir si es procedente que el ejercicio de la acción penal en los casos de Peculado Bancario esté sujeto a un informe previo de la de la Contraloría General Del Estado; de la Superintendencia de Bancos y Seguros; y, de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, vulnerando la independencia de la administración de justicia, la misma que de conformidad a la Ley puede contar con el auxilio de los peritajes o experticias que le franquean las normas procesales; sin contrariar la disposición Constitucional contenida en el numeral 2 del Artículo 212 de la Carta Suprema.

Así mismo será necesario aclarar y proponer una reforma a las Leyes sustantivas y adjetivas penales que permitan guiar de forma clara la competencia exclusiva y excluyente en la determinación de indicios de responsabilidad penal, cometidos por los sujetos a los que se refiere el inumerado del artículo 257 del Código Penal, de tal forma que se despeje la duda si en las instituciones Financieras Publicas esa competencia le pertenece a las Superintendencia de Bancos y Seguros, a la Contraloría General del Estado o a la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria.

Frente a los inconsistentes y diferentes criterios que han sostenido los Tribunales de Justicia del Ecuador respecto a la Autoría y Participación en el Delito de Peculado se hace también necesario estudiar y proponer una definición legal respecto de la teoría de la participación en este delito, ya que al ciudadano que no es funcionario ni público ni privado en algunas ocasiones se lo ha sancionado con el grado de autoría; y en otros casos como cómplice y encubridor, Resoluciones Judiciales que no permiten mantener la unidad de criterio jurídico doctrinario para sancionar con objetividad la participación de los sujetos activos de este delito.

OBJETIVO.

OBJETIVOS GENERALES

- Determinar, la necesidad de crear leyes punibles y delimitar las competencias penales en los diferentes casos de peculado bancario, respetando el debido proceso y su incidencia en la seguridad jurídica.

OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Ensayar una reforma al Código Penal, definiendo de forma clara la participación de los sujetos activos del tipo penal con sus responsabilidades y sanciones.
- Ensayar una reforma al Código de Procedimiento Penal, anulando la legalidad de las Resoluciones del 12 de marzo de 2010 y del 10 de noviembre de 2010, expedidas por las Corte Nacional de Justicia.
- Determinar la conveniencia procesal de eliminar como requisito de procedibilidad el informe de Indicio de Responsabilidad Penal de la Contraloría General del Estado.

JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

La convivencia social determina que el comportamiento del ser humano pueda rebasar escenarios en los cuales sus actores no hayan sido afectados, pero que al momento de detectarse una intervención novedosa, desconocida en el

pasado, y que al presente afecta la normal armonía, obliga al conglomerado al establecimiento de nuevas reglas al comportamiento. Este sería el resumen sucinto del nacimiento de las legislaciones en el planeta, unas basadas en la óptica de un pensamiento eclesiástico, religiosos, político, cultural o económico que es en esencia lo que marca la diferencia en las legislaciones del mundo, puesto que para un país, un acto, una omisión puede ser considerado como un delito grave, para otros esa pena es una contravención.

Hoy el Ecuador viene exigiendo de forma permanente una revisión integral a las conductas asumidas por determinados actores sociales que al ser estudiadas detenidamente merecen ser consideradas dentro de la tipología penal; y otras que al haber sido tipificadas como tal necesitan una reafirmación, y reforma por el resultado o impacto generado en las víctimas de ese accionar. El delito de peculado bancario es uno de ellos, más allá de que el Código Penal en su Artículo 257 fue reformado a raíz de la crisis bancaria del año 1999, no es menos cierto que se han presentados algunos incidentes y conatos de quiebra o debilidades en las estructuras patrimoniales financieras de algunas entidades bancarias, que obligan no solo a los entes de control a ejercer mayores cuidados y prevenir en la afectación al patrimonio de los cuenta ahorristas; sino que también se hace necesario una revisión a la legislación sustantiva penal así como también a las normas procesales que viabilicen un juicio expedito, oportuno y sin dilaciones a la luz de todos los preceptos y garantías constitucionales.

Es necesario recalcar que el estudio de las ciencias penales en todos y en cada uno de sus delitos es apasionante, en razón de su importancia contemporánea de la gravedad del daño; de la importancia del estrato social de quien lo comete y contra quien se lo hace; de los impactos socio económicos y culturales que se originan a través de este accionar y del resultado de la inseguridad jurídica que se genera por la falta de mecanismos de protección, prevención y sanción a este delito.

El peculado bancario en el Ecuador como tal apenas tiene diez años de vigencia en la legislación penal ecuatoriana, y a pesar del incalculable daño

que se produjo a cientos de miles de ecuatorianos, muy pocas son las personas que han sido sentenciadas y encarceladas como resultado de juicios justos y ejemplificadores que permitan marcar no solo la jurisprudencia penal sino también una lección moral para reivindicar la confianza en el sistema financiero ecuatoriano.

PLANTEAMIENTO DE LA HIPÓTESIS

Hipótesis descriptiva: La presencia de Resoluciones, incoherentes, diminutas y contrarias a las disposiciones del artículo 425 de la Constitución de la Republica, expedidas por la Corte Nacional de Justicia el 12 de marzo y 10 de noviembre de 2010, genera un retardo y en otras ocasiones nulidades procesales en la sustanciación de los juicios por Peculado Bancario.

Hipótesis Negativa: El Decreto Supremo 1429 de 3 de mayo de 1977, en conjunto con el Código Penal en su Artículo 257 inciso cuarto, es insuficiente, incompleto para sancionar el delito de Peculado Bancario. (Esto es lo que hay que probar)

PROPUESTA INICIAL DE SOLUCIÓN AL PROBLEMA

Hipótesis Ante Facto: Una efectiva reforma sustantiva y adjetiva penal, y un responsable manejo de las leyes al momento de sustanciar y sancionar el delito de Peculado Bancario por parte de los operadores de justicia, garantiza la observancia a la seguridad jurídica y normas de debido proceso consagrado en la Constitución de la Republica.

Hipótesis Ante Facto: El establecimiento de programas de educación destinados a la promoción de los valores éticos y morales, fundados en el combate de la corrupción de un manejo transparente de los recursos públicos por parte de los ciudadanos que son integrantes del sistema financiero nacional, ayudaran a disminuir la incidencia y cometimiento del delito de Peculado Bancario.

1. CAPITULO I. NOCIONES GENERALES DEL DELITO DE CUELLO BLANCO

1.1.- ASPECTOS GENERALES.

En una sociedad alentada por la sed de crecimiento y expansión económica, aparece y se desarrolla la delincuencia "de cuello blanco", que se encuentra enmarcada por infracciones realizadas únicamente por personas de alto nivel socioeconómico, acomodadas y de buena reputación, que abusan del ejercicio de sus actividades, aún más cuando se encuentra este grupo social frente a la posibilidad de tener poder, jerarquía en los estamentos sociales.

Este poder exteriorizado, hecho realidad, es capitalizado en muchos casos, en procura de llegar a un enriquecimiento que resulta un imposible, inalcanzable mediante vías éticas y legales.

Se entiende por "delito de cuello blanco" a aquellos ilícitos penales cometidos por sujetos de elevada condición social en el curso o en relación con su actividad profesional, este es un término de carácter genérico creado para describir el derecho penal estadounidense. Este concepto fue conjeturado y presentado por Sutherland en la reunión anual organizada por la American Sociological Society que tuvo lugar en Filadelfia en diciembre de 1939.

La noción central consiste en rechazar, desechar como factores condicionantes de estos delitos a la pobreza, hogares disfuncionales, señalando que la buena salud física y síquica no sirven para prevenir que cantidades de infracciones a la ley penal sean llevadas a cabo por personas ubicadas en posiciones de poder.

El delito "de cuello blanco" ha tenido varias acepciones como delito "económico" o "financiero, o delito institucionalizado.

En el presente trabajo se explicara de manera contundente y clara como estos delitos a lo largo de su creación del término, han tenido una mayor notoriedad en cuanto a su punición, tanto así que varios países a nivel mundial han

recogido en sus doctrinas penales para la elaboración de leyes que castiguen dichos delitos, ya que afectan de manera directa la estabilidad económica de las personas de un determinado territorio, y a su vez al Estado, también se encuentra orientada a identificar las formas actuales de cometimiento de delitos cuyos elementos pueden estar encuadrados en el tipo penal del Peculado Bancario, así como también aclarar y proponer reformas al Procedimiento con el que se debe sustanciar el conocimiento de este tipo de delitos.

El análisis a la normativa sustantiva penal debe referirse al elemento constitutivo del tipo penal Peculado Bancario, iniciando con una definición del orden económico social como bien jurídico protegido; así como también de la singularización de los actos dolosos o fraudulentos generados por la alta gerencia o dirección bancaria, y apoyados por los estamentos operativos de las Instituciones Financieras con el propósito deliberado de abusar de los fondos puestos en custodia o en inversión pertenecientes al público en general; y finalmente encuadrar esa conducta ilícita antijurídica, violatoria a una norma legal de cualquier jerarquía del ordenamiento jurídico, que sin duda alguna se convierte en el sinónimo del abuso a los fondos pertenecientes a los clientes bancarios o inversionistas de estas instituciones financieras.

1.2.- DEFINICIÓN DE DELITO DE CUELLO BLANCO Y SU CLASIFICACIÓN

El concepto DELITO DE CUELLO BLANCO, se encasilla en la rama de la sociología, esta es una teoría que nos sirve para poder entender un sector amplio de los delitos tipificados en la legislación penal de los Estados Unidos de América y a su vez a los ordenamiento jurídicos a nivel mundial. Cabe considerar que este concepto de delito “no esta ubicado dentro de la esfera de la criminología sino que se ha incorporado a la más importante doctrina jurídico penal de EE.UU.” (Monsalve Vergara, 2009, p.31)

El sociólogo Edward A. Ross, fue el primero en acuñar el término “Criminoid” (criminaloide) en su artículo “ The Atlantic Monthly” en el año de 1907: "En esto hemos designamos los que prosperan por las prácticas abominables que aún no han sido objeto de la prohibición efectiva de la opinión pública de hecho,

ellos son culpables a los ojos de la ley, pero como no son culpables a los ojos de la opinión pública y ante sus propios ojos, su actitud espiritual no es la del criminal" (Ross, 1907, pp. 44-55); ya en el año 1935, Albert Morris habla en su tratado de Criminología sobre los abusos de los "Criminals of the upperworld" (criminales del mundo superior), los define a estos criminales como: "numerosos pero nunca claramente definida al grupo de delincuentes cuya posición social, la inteligencia y la técnica criminal permite que se muevan entre sus conciudadanos prácticamente inmune a la del reconocimiento y el enjuiciamiento de criminales " (Morris, 1935, p. 152).

Es el sociólogo estadounidense Edwin Sutherland quien en el año de 1939 el 27 de diciembre presenta el término "White collar crime" (cuello blanco) en la trigésima cuarta Conferencia Presidencial Anual de la American Sociological Society, este término hace referencia a los delitos que cometen personas de buena condición social, y respetabilidad dentro de su ámbito profesional.

Pero este término ya el mismo Sutherland en el año de 1934 lo venía trabajando pues se toma un registro sobre ello en el texto " Principios de la Criminología", que señala que este delito se lo encuentra en toda la sociedad pero que existen delitos visibles y de fácil entendimiento como es el secuestro, robo, entre otros, ya que son sensorialmente percibidos basados en las relaciones sociales que existen a lo largo de los años, mientras que otros delitos no son percibidos como los fraudes societarios, robos de dineros de corporaciones, mismos que afectan a centenares de personas que no pueden enterarse de la afectación o el daño que se les hizo. Los "White Collar Criminaloids" como los llama Sutherland "son más peligrosos para la sociedad que cualquier otro tipo de delincuentes, desde el punto de vista de la propiedad privada y las instituciones sociales." (Sutherland, 1934, pp. 31-32).

Es tanto el impacto del término delincuente de cuello blanco que en la primavera de 1948, Sutherland en una charla impartida en la DePauw University, explica que estos delincuentes son personas de la clase socioeconómica alta quienes infringe las leyes elaboradas para regular su ocupación.

En el año 1949 la Encyclopedia of Criminology (Enciclopedia de Criminología) editada por V. Branhan y S. Kutash (Philosophical Library, N. York, 1949), encuentra la definición: “El criminal de cuello blanco es definido como una persona con alto estatus socioeconómico, que infringe las leyes elaboradas para regular su actividad ocupacional.” (Geis, 2006, p.11); además agrega que: “el criminal de cuello blanco podría ser diferenciado, de un lado, de la persona de estatus socioeconómico bajo que infringe, el código penal común o las regulaciones especiales de comercio vigentes y, de otro lado, de la persona de alto estatus que viola el código penal común en forma no conectada con sus ocupaciones”.

Para Edelhertz, el delito de cuello blanco es un acto ilegal o una serie de actos ilegales cometidos sin medios físicos y con engaños para obtener dinero, evitar el pago.

Estudiando varias acepciones de los autores antes citados, puedo concluir que el DELITO DE CUELLO BLANCO, es una acción típica que lesiona un bien jurídico protegido que es el patrimonio de personas naturales; jurídicas y del Estado como tal, activado por un funcionario público o privado mediante artificios, engaños, utilizando su inteligencia, incluso manipulando a otras personas o subalternos para convertirlos en un anillo de complicidad formando una especie de consorcio criminal, estos delitos son cometidos por parte de personas disfrazadas de hombres y mujeres con una formación profesional, una buena posición social, una connotación como persona, su poder en una empresa, con ética y moral intachable cuyas supuestos actos de buenas costumbres, no permiten crear dudas ni por un momento de su honestidad.

En cuanto a la clasificación de este tipo de delitos de cuello blanco o delitos económicos el jurista López-Rey, los interpreta de la siguiente manera :

"Soborno, cohecho, corrupción, concesiones industriales, comerciales, financieras, urbanísticas, etc., prohibidas por la ley; importaciones y exportaciones ilegales de capital, mercancías, productos, etc.; uso indebido de fondos públicos o privados prevaleciéndose de una condición

financiera, oficial, política, etc.; simulación de préstamos, beneficios, préstamos, beneficios, pérdidas, etc.; servirse de los planes de desarrollo con fines privados; simulación de precios y gastos; fraudes de muy diverso orden, llevados a cabo a veces por medio de computadoras; especulaciones o concesiones, etc., prohibidas por la ley; uso de fondos para fines distintos de los previamente establecidos; reclamaciones ficticias o exageradas contra el gobierno o la administración, empresas oficiales o no, servicios sociales y otros; evasión o impago de impuestos u otras prestaciones, "holdings" o conglomerados de empresas a menudo ficticiamente solventes; movimientos huelguísticos con el propósito de dañar o arruinar económica o industrialmente una empresa, institución, etc.; decisiones o acuerdos patronales con la finalidad de perjudicar o paralizar económicamente entidades, organizaciones o grupos laborales, profesionales, etc.; inclusión o exclusión de empresas públicas o privadas de listas negras con finalidades ilícitas; contrabando en medida suficiente para constituir un daño económico; abultamiento de gastos o rúbricas legales en la administración pública, empresa, negocio, etc.; preparación de balances falsos o exagerados; fraudes so pretexto de fines políticos, religiosos, humanitarios y otros; ejecución de formas de desarrollo o planificación con fines económicos privados o contrarios a los oficial o administrativamente establecidos; uso de garantías ficticias o exageración de las mismas con finalidades ilegales; presentación de planes o esquemas de ampliación, reforma, urbanización y otros, que se sabe de antemano que no se han de llevar a cabo, pero que sirven para obtener beneficios económicos, políticos, etc.; lograr bajo falsos pretextos subsidios o prestaciones, pagos, etc., de entidades públicas o privadas, incluida la simulación de accidentes, enfermedades, pérdidas, daños, etc.; apropiación indebida de bienes, fondos, cosas, etc.; fabricación o producción de productos alimenticios, farmacéuticos, aparatos, medios y demás, que se saben no corresponden a las prescripciones o regulaciones existentes, pero cuya venta o distribución

proporcionará beneficios económicos; contaminación o destrucción del medio ambiente, o de riquezas naturales como consecuencia de actividades científicas, técnicas, industriales, y otras, etc." (López-Rey, 1975, pp. 20-24)

1.3.- COMO SE CASTIGAN ESTOS DELITOS

Algunos autores y tratadistas mantienen que los delitos de cuello blanco no son ejecutados poderosamente, basan sus hipótesis en que los Fiscales, abogados y Jueces no implantarían todo el peso de la ley al momento de sancionar a estos delincuentes, ya que no han cometido un delito violento, lo que cabe recalcar es que las penas serán menores al no existir el elemento fundamental para agravar la condición pese que la afectación al patrimonio exista.

Sin duda alguna de estas aseveraciones por parte de los autores gozan de validez pues en sí, no existen muchas sentencias a nivel mundial en las cuales se castigue de una manera rigurosa estos delitos, pues como lo mencioné anteriormente debe existir el factor violencia y en estos casos nadie sale lastimado físicamente, a diferencia de los delitos contra la vida; de delitos como robo per sé; y, robo calificado. Es más, los jueces están convencidos de que los delincuentes de cuello blanco que fuesen declarados culpables y cumplen su pena no serán objeto de reincidencia, más que todo por un tema exclusivo a la moral.

Pero esto no quiere decir que estos delitos no tengan una sanción, pues en todos los países del mundo en sus diferentes legislaciones existen penas para aquellas personas que hagan uso de dineros públicos; desfalco; simulación de créditos; en sí un sin número de delitos que la afectación es directa al conglomerado social.

1.4.- DEFINICIÓN DE SERVIDOR PÚBLICO Y CONCEPTO DE SERVIDOR PRIVADO

La palabra “servidor público” como tal, no se encuentra definida en los diccionarios jurídicos ya que existe una diferencia tanto doctrinal como de tipo legislativo de algunos países al momento de definir este término, ya que se le da una connotación de “funcionario público” al servidor público.

El tratadista Italiano Orlando citado por el profesor Aurelio García, define al empleado público como: “El que tiene la obligación de prestar su mano de obra al Estado, mediante una retribución con cargo al presupuesto, haciendo del servicio su profesión, dedicando a ella permanentemente su actividad física e intelectual para obtener los medios de subsistencia económica”. (Paredes, 2007,p.11)

El Diccionario Definición Legal hace una diferenciación para de estos términos:

“La designación del funcionario es trasmitida por la propia ley y, en cambio, la del servidor supone un complemento al desempeño de la función pública mediante el servicio que presta al Estado; , el funcionario expresa la voluntad estatal y los empleados sólo se ocupan de examinar, redactar y contratar documentos, realizar cálculos y tramitar o desarrollar cualquiera otra actividad afín que no implique representación alguna del Estado.”(Definicionlegal, s.f.); diferenciación que no comparto puesto que existe un vínculo laboral de estas personas con el Estado, y existen obligaciones que deben desempeñar estas personas para con el colectivo es decir para la sociedad en general.

Para el jurista Guillermo Cabanellas la definición de Funcionario radica en desempeñar un servicio, por lo general público equiparándose de esta manera con empleado público quien se encarga de desempeñar una función pública; a su vez dice que el tratadista Meyer entiende por función pública “un circulo de asuntos que deben ser regidos por una persona ligada con el Estado por la obligación de Derecho Público de servirle” (Cabanellas, 2005, p.170.)

Con las definiciones antes expuestas podemos definir al servidor público como:

“Toda persona que presta servicio al Estado, dentro del cual sus actividades son netamente atender las necesidades de particulares y los requerimientos del estado, brindando un servicio de utilidad social que está orientado al beneficio de la colectividad pero que no generen ganancias económicas tanto a quien recibe el servicio, como a quien lo brinda; los servidores públicos en algunos casos administran recursos que son del Estado y por ende estos recursos pertenecen a la sociedad, razón por la cual la conducta de un servidor público debe de ser intachable pues conlleva una responsabilidad para con la sociedad.”

Los recursos públicos para un mejor entendimiento se encuentran establecidos en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado en su Artículo 3 que los define de la siguiente manera:

“Para efecto de esta Ley se entenderán por recursos públicos, todos los bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título realicen a favor del Estado o de sus instituciones, personas naturales o jurídicas u organismos nacionales o internacionales.....” (Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, R.O. 595)

Dentro de la Constitución del Ecuador del 2008, en su Artículo 229 que nos dice claramente quienes son estos servidores: “Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.....” (Constitución del Ecuador, 2008). En este artículo el legislador nos hace mención de quienes ejercerán esta calidad de servidor, y esto es de carácter generalizado al decir que PRESTEN SERVICIOS; TRABAJEN; o ejerzan CARGO; FUNCIÓN O DIGNIDAD; es decir que en

nuestra legislación mantenemos la palabra “funcionario público” como sinónimo de “servidor público.” A diferencia de lo que ocurría con Constitución del Ecuador del año 1998 ya que hacía una distinción a la calidad de servidores, identificados en el artículo 121 cuando decía “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” (Constitución de la República del Ecuador, 1998)

Aquí podemos observar que no existe algún tipo de disparidad entre dignatarios, funcionarios o servidores públicos, ya que las tres denominaciones están consideradas a la presente fecha como servidores públicos.

Recogiéndolo así mismo la Ley Orgánica de Servicio Público, LOSEP nos da muestra de quienes son servidores o funcionarios públicos en su Artículo 4.-

“Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público”; es una norma repetida de la imperativa que consta en el Artículo 229 de la Constitución del Ecuador; a su vez el Artículo 22, literal h) del mismo cuerpo de leyes trata sobre cómo debe desempeñar sus funciones esta persona que labura para el Estado:

“Ejercer sus funciones con lealtad institucional, rectitud y buena fe. Sus actos deberán ajustarse a los objetivos propios de la institución en la que se desempeñe y administrar los recursos públicos con apego a los principios de legalidad, eficacia, economía y eficiencia, rindiendo cuentas de su gestión;” (Ley Orgánica de Servicio Público, R.O. 294).

En cuanto al concepto de servidor privado lo podemos definir como “son todas las personas que suponen una relación contractual entre una empresa que no posee ningún vínculo con el Estado; no se rigen por la Ley Orgánica de Servidores Públicos; y solo están amparados por el Código de trabajo por tal

razón si existe mayor rendimiento en la empresa, compañía, más dinero recibirá el trabajador. Algo que no puede ser aplicado en el sector público, donde se promulga la equidad laboral y salarial en donde se recibe los mismos beneficios que compañeros de la entidad pública y los salarios obedecen a una escala de jerarquía laboral.

2. CAPITULO II. EL DELITO DE PECULADO

2.1.- DATOS HISTÓRICOS

El delito de peculado no es algo nuevo dentro de nuestra civilización, ya ha existido desde tiempos inmemorables, razón por la cual esta figura penal ha ido evolucionando y perfeccionándose conforme al pasar del tiempo, por lo que actualmente es un problema a gran escala.

Dentro de las leyes más antiguas que han regido nuestra humanidad, para el Oriente y Roma es el Código de Manú quien hace referencia al delito de peculado; en este mismo cuerpo de leyes en el Libro Séptimo en la ley número 40, habla sobre el comportamiento que deben mantener los Reyes: “Muchos soberanos a consecuencia de su mala conducta, han perecido con sus bienes, mientras que ermitaños han obtenido reinos por su cordura y humildad”; de igual manera en la Ley número 124 sobre: “Los empleados que llevan su perversidad hasta sacar dinero de los que tienen que tratar con ellos deben ser despojados por el rey de todos sus bienes y desterrados del reino”, es claro que ya hace tres mil años se castigaba el cometimiento del delito de peculado.

En Roma, se denominó al hurto de las cosas muebles pertenecientes al Estado con el nombre de Apeculatus o Apeculado, cuya palabra viene de pecus que era ganado, puesto que el ganado era considerado como los bienes muebles más importantes entre los bienes públicos, esto antes de que se difundiera el uso del dinero.

Poco a poco este delito comenzó a tener mayor evocación ya que no solo se lo utilizaba para el robo de ganado, sino que se lo implantó también para la sustracción de metales, monedas del erario de la comunidad romana, apropiación por parte de los jefes militares del botín de guerras, recaudar cantidades superiores de las autorizadas en cuanto a monedas públicas.

En cuanto al Derecho Romano, el término peculado fue utilizado para calificar el delito que consistía en el hurto de cosas o dineros pertenecientes al pueblo romano por parte de quien estuviese a cargo de los mismos o por una persona

distinta, tiempo después esta figura paso a ser el peculado propio que recaía sobre cualquier dinero dentro de la custodia del arca pública, sin importar si era o no del pueblo de Roma o de cualquier administración pública del imperio, esto era darle un destino completamente diferente al que se tenía previsto o en su efecto el no llevar el registro de anotación de los mismo dineros recaudados, es por ello que se denominó crimen de residius, que tenía como sanción la interdicción del agua y del fuego.

En el Derecho Cesáreo se mantuvo con mayor fuerza el criterio de la traición a la confianza y de la facilidad para delinquir, es por ello que surgen discrepancias y derivaciones:

- 1) En el peculado el sujeto pasivo es exclusivamente el patrimonio del pueblo romano, más no las propiedades de los municipios o ciudades que estaban consideradas como privadas.
- 2) Como sacrílega y constitución de peculado era la sustracción del dinero del pueblo romano, hecho que podía ser cometido por un particular no ligado por algún cargo a lo que se consideraba fe pública.
- 3) Cuando el derecho Cesáreo comenzó a derivar de la traición a la confianza al criterio en contra los reos de peculado, estas proposiciones cambiaron de sentido por lo que se estableció;
- 4) Las cosas de las ciudades y de toda la administración pública era sujeto pasivo del delito de peculado y,
- 5) Las leyes más severas debían ser las más apropiadas para castigar a quienes se apoderen de dineros públicos, cuando hayan abusado de sus funciones que fueron designados.

Durante el mandato de Augusto entre 27 a.C. y 14 d.C. aparece la Ley Julia de Residuos que se basaba en una multa proporcional para aquellos administradores que después de rendir cuentas se retenían para ellos dineros que debían presentar como saldo de caja, muy distinta a la Ley Julia

Peculatus, en primera instancia en Roma se castigó con la interdicción del agua y del fuego, tiempo después en el periodo de Teodosio aproximadamente por el 347 d.C., se implantó la deportación y la pena de muerte pero con respecto a funcionarios de una jurisdicción o mando no para los administradores caudales públicos.

Bajo la dirección de Alfonso X, se realizó un código de los más antiguos llamado de las Partidas, alrededor del 26 de junio de 1256 y el 28 de agosto de 1265, en este cuerpo normativo que buscaba conseguir la uniformidad parcial jurídica del Reino español, ya castigaba con pena capital al delito de malversación de los caudales del Rey y de los pertenecientes a villas y ciudades ya que constituía un hurto.

En el año 1510 en Nápoles, a los nobles que incurrieran en peculado se los castigaba con una multa económica, y los plebeyos a tres años de trabajo forzado para el Estado.

Alrededor del 1579, se imprime por primera vez el llamado Fuero Juzgo, cuya elaboración fue en año 1241 por Fernando III, con la finalidad de regir mediante leyes la península ibérica en este cuerpo normativo también se castiga a quien hurta el tesoro del Rey y tiene que devolver el doble de lo hurtado o dañado.

Actualmente son varias las legislaciones modernas que consideran como hurto calificado al peculado, otras no lo ven de esa manera pero en lo que se concuerda son en que las sanciones por ello ya no esta direccionada a la pena de muerte, pero si a reclusión penal y a devolver los dineros públicos

2.2.- DEFINICIÓN DE PECULADO

La palabra Peculado proviene etimológicamente del latín PECULARE, que significa robar, tomar algo indebidamente del peculio ajeno.

PECULIO, según el Diccionario Jurídico Elemental de Cabanellas, es el dinero propio de una persona; el patrimonio o caudal perteneciente al hijo de la

familia, y antaño al siervo, con cierta independencia respecto al padre o señor, dentro del Derecho Penal Francés, es el conjunto de fondos que la administración penitenciaria debe al penado y que provienen principalmente de la porción del salario concedido como remuneración de su trabajo.

Para la jurista Raquel Argeri Graziani el peculado: es la infracción penal dolosa que afecta a la Administración Pública. Remite al funcionario que comete la acción de sustraer (apropiarse o disponer) caudales o efectos del Estado cuya administración, percepción o custodia (en el sentido de vigilancia y cuidado) se le ha confiado (aun cuando los restituya sin enriquecimiento alguno) por razón de su cargo o empleo.

Cabanellas define la palabra peculado como: La sustracción, apropiación o aplicación indebida de los fondos públicos por aquel a quien está confiada su custodia o administración. En la actualidad este delito se denomina malversación de caudales públicos.

Para el jurista Carrara el peculado es: la Apropiación de cosas públicas cometida por una persona investida de algún cargo público, a la cual, precisamente en razón de éste, le fueron entregadas, con la obligación de conservarlas y devolverlas, las cosas de que se apropia.

El Dr. Luis Carlos Pérez sostiene que el peculado es: La incorrecta aplicación de las cosas o efectos confiados a una persona de encargo de darles un fin convenido previamente, pero para que la infracción adquiere su auténtica naturaleza es necesario que las cosas o caudales sean públicos y que la persona deba responder porque se le han entregado específicamente para que directa o indirectamente los intervenga.

Con todas las apreciaciones anteriores concluyo que el peculado se funda en un abuso directo por parte de un funcionario dentro de la administración pública, de la cual hace uso de dineros que son netamente del Estado, ocasionando un perjuicio de carácter patrimonial y por ende quebrantando la

confianza de la que esté último le otorgó, para beneficiarse de tal manera que satisfaga cualquier necesidad.

2.3.- CLASIFICACIÓN DEL PECULADO

A lo largo de los años dentro del estudio de la materia penal, se ha hecho necesario instaurar clasificaciones de los tipos de delitos con la finalidad de diferenciarlos debido a su gravedad de cometimiento, pese a que existan delitos con características similares como en el caso de peculado que incurre un funcionario público o privado con la finalidad de cometer una afectación de carácter patrimonial, económico a bienes públicos y privados.

Por lo tanto delito de peculado dentro de la doctrina penal se clasifica de la siguiente manera:

A. Por su gravedad.

El peculado se considera un delito por estar prohibido y sancionado por la ley

B. Por la conducta del agente.

El Peculado puede darse por acción.

C. Po su resultado.

Se puede dar el resultado material y el resultado formal

D. Por el daño causado.

Puede darse el peligro de daño y el daño al bien jurídico tutelado.

E. Por su duración.

Este delito puede ser instantáneo o continuado.

F. Por el elemento interno.

Por su elemento interno el Peculado solamente puede ser doloso

G. Por su estructura.

Simple.

H. Por el número de actos.

Unisubsistente o plurisubsistente.

I. Por el número de sujetos.

El delito de Peculado es Unisubjetivo ya que el tipo penal no especifica la participación de más sujetos.

Acompañado de esta clasificación doctrinaria el delito de peculado también se lo clasifica como: peculado de uso; peculado por aplicación oficial diferente; peculado culposo; peculado por apropiación; peculado por extensión; y, peculado calificado.

Peculado de uso.- Este delito se basa en sacar provecho ya sea propio o de terceros, de todo tipo de servicio remunerados por el Estado, para el tratadista Maggiore este tipo de delito está definido así: “el uso de especie o de cantidad, cuando es precario y por consiguiente se excluye el ánimo de apropiación puede construir un ilícito civil y eventualmente una infracción disciplinaria”. Lo cual no constituiría como delito.

Por lo tanto se puede entender también que este tipo de peculado se da cuando un funcionario hace uso momentáneamente de las cosas que se le confían, sin ánimo de apropiarse de estos bienes que se encuentran dentro de su administración, tenencia o custodia.

Pero es evidente que constituye un delito siempre y cuando el funcionario quiera disponer fungiendo como dueño de las cosas ya sean bienes muebles o dineros.

Peculado por aplicación oficial diferente.- Este delito incurre cuando un servidor público o funcionario da a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, cuya administración, tenencia o custodia

para la que se le confió por razón de sus funciones, una aplicación oficial diferente de aquella a que está destinados, o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en éste, en perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores.

Peculado culposo.- Aparece cuando por negligencia, imprudencia o culpa del funcionario público se extravían, pierden o deterioran bienes pertenecientes al Estado, y que sea la culpa únicamente el factor determinante en la degradación, de los bienes objeto de custodia.

Este delito se configura también cuando la infracción al deber de cuidado produce un resultado típico previsto, a pesar de que se haya confiado en evitarlo, o cuando por lo menos sea previsible. (GALÁN CASTELLANOS, 2005, p.6).

Peculado por apropiación.- Este tipo de delito se caracteriza por la apropiación de bienes públicos o particulares por parte de la persona a quien se confió su cuidado o administración, para provecho personal o de un tercero, aquí incurre el servidor público.

Para el Dr. Jorge Hugo Álvarez, “la apropiación es un acto de disposición cumplido sobre la cosa como si fuera propia”

El acto de apropiación implica el uso de los bienes tanto como su disposición como propietario, es decir, como sin ánimo de restitución, yo lo encuentro semejante con un delito de hurto, pues aquí el verbo rector es la “apropiación” de un bien, y aquí no existe violencia alguna pero sí un perjuicio de carácter económico.

Peculado por extensión.- La característica de este delito es que ya no se trata de un funcionario público, sino de un particular que se apropia, usa indebidamente o malversa bienes públicos o de empresas donde el Estado tenga participación mayoritaria en el capital es decir de economía mixta. Un caso común de este tipo de peculado se da en las instituciones públicas de

educación, donde particulares muchas veces son los encargados de recaudar fondos de la institución.

No constituye propiamente un tipo penal ya que lo que regula es la extensión de las conductas típicas, es decir la norma solo amplía la autoría de los tipos a los particulares que bajo determinadas condiciones, administran o custodian dineros pertenecientes a las entidades de beneficencia o similares, a los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de la autoridad competente aunque pertenezcan a particulares, así como todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o programas de apoyo social. (RAE, 2008, p.458)

Peculado calificado.- Este delito incrimina la disposición arbitraria de fondos destinados a la defensa del Estado, en este tipo de delitos incurren los funcionarios de la fuerza pública como policías y militares.

Por ende los fondos destinados para la defensa nacional es circunstancia constitutiva de la infracción, el daño en este caso es cualquier efecto perjudicial para la defensa sea de carácter económico sea de orden a su prestación aunque no implique una lesión patrimonial. (García, 1991, p.63)

Esta clasificación de delitos se encuentran plasmados en los códigos de leyes penales de algunas legislaciones alrededor del mundo, lo que evidencia un desarrollo en cuanto al tipo penal de delitos en contra de los bienes de la administración pública, y a su vez a bienes particulares de personas privadas.

2.4.- DIFERENCIA ENTRE PECULADO PROPIO E IMPROPIO

El peculado propio.- Es la apropiación de los bienes públicos ya sean estos dineros, cosas muebles e inmuebles que se encuentran bajo la administración de un empleado público en poder o virtud de su cargo.

El sujeto activo de este delito es funcionario público, al cual se le denomina en doctrina como "Intraneus"

El peculado propio al ser una figura delictiva, sostiene como elementos típicos que el sujeto activo deba ser un funcionario público, pues aquí el tipo penal requiere que la administración, percepción o custodia de los bienes públicos debieron ser confiados al funcionario público en base al cargo que ocupa, requiriéndose la existencia de una relación específica donde desempeña sus funciones.

El Peculado impropio.- Este delito va direccionado contra la propiedad ya sea el hurto de la cosas pública pero cometido por una persona ajena a la administración pública, sujeto que en doctrina se lo conoce como "Extraneus", que no tiene la calidad de funcionario público, pero mantiene participación en dicho delito de peculado.

Carrara sostiene que "La impropiedad de un título suele provenir de que en determinada figura criminosa falta alguna de las condiciones esenciales y constitutivas del título propio."

El peculado impropio está ligado con el tipo penal de peculado por extensión, como lo había dicho antes la característica de este delito radica que aquí ya no se trata de un funcionario público, pues en esta ocasión se trata de un particular que se apropia y usa indebidamente o malversa bienes públicos o de empresas donde el Estado tenga mayor participación accionaria.

La diferencia radica en que en el Peculado Impropio, el funcionario no tiene en su poder de manera directa y material de los bienes públicos, en tanto, que en el delito de Peculado Propio, el funcionario público sí posee bajo su custodia, y que justamente, por esa razón, pueden disponer de ellos por su condición de funcionario.

Por consiguiente mantengo que la condición de funcionario público, sólo se requiere, en sentido estricto, en la figura del delito de Peculado Propio, mas no en la forma impropia del peculado. De esta manera se sustenta que uno de los

requisitos exigidos para su configuración, es que el agente del delito se encuentre revestido indefectiblemente de la condición de funcionario público, que por la forma propia insta, que éste, en razón de su cargo, tenga la custodia, administración de bienes públicos, condición ésta que no se exige al sujeto en la forma impropia.

2.5.- EL PECULADO PÚBLICO

El delito de peculado como tal es un delito de orden público desde sus inicios en Roma y a lo largo de las legislaciones de países alrededor del mundo, este delito como lo hemos venido estudiando como objeto jurídico, se encuentra apto de la acción incriminada siempre y cuando una persona investida por la calidad de servidor o funcionario público hace uso de los caudales de carácter público, esto quiere decir los bienes que le corresponden al Estado.

No se equiparan a bienes públicos los que son privados bajo resguardo de un funcionario del Estado.

Para que se configure el peculado público obligatoriamente el funcionario debe encontrarse en el pleno ejercicio de sus funciones, sin que interese la categoría de este funcionario público, es decir si éste desarrolla las actividades en un cargo de alto o de menor rango dentro de una institución del estado, pues a él es que se le ha encomendado un cargo público mediante autoridad competente, más no por quien no tiene competencia para encargarle.

El peculado público también se lo ha conocido con el nombre de malversación o mala administración. Por lo tanto este tipo penal se estructura cuando se administra o se hace mal uso en sentido más amplio de bienes del Estado o de particulares que le han sido confiados al servidor público en razón de la investidura.

El tipo objetivo del peculado público delimita a partir de dónde y hasta dónde, cuándo y cómo un comportamiento que ponga en peligro o lesione un bien jurídico ajeno resulta comprendido en el ámbito de una prohibición o un mandato jurídico – penal. (Gómez, 2008, p.219)

Los sujetos que intervienen en el delito de peculado público como sujeto activo per sé, es el FUNCIONARIO PÚBLICO o SERVIDOR PÚBLICO. Cabanellas define al sujeto activo del delito como: el autor, cómplice o encubridor; el delincuente en general, muchas legislaciones de varios países concuerdan con tal, por ejemplo en el vigente Código Penal Colombiano en los artículos 397; 398; 399; y, 400 dentro del título XV que habla de los DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, encontramos claramente identificado al autor, sujeto activo como **servidor público**.

“Art. 397.- El servidor público que....”.

“Art. 398.- El servidor público que....”.

“Art. 399.- El servidor público que dé...”.

“Art. 400.- El servidor público que...”.

Otra legislación como es la española también contempla en su Código Penal vigente en el título XIX, los DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, dentro de su capítulo VII a los artículos 432; 433; 434; y, 435 que habla de la malversación, señalando al sujeto activo como **autoridad o funcionario público**.

“Art. 432.- La autoridad o funcionario público que...”.

“Art. 433.- La autoridad o funcionario público que...”.

“Art. 434.- La autoridad o funcionario público que...”.

Una vez identificado al funcionario o servidor público como sujeto activo del delito, es necesario explicar quién es el sujeto pasivo del mismo, es decir al titular del bien jurídico protegido vulnerado, hay que acotar que el sujeto pasivo es el Estado, pues es el titular del bien jurídico Administración Pública; sin excluir la posibilidad de que los particulares puedan también llegar a ser perjudicados por el delito de peculado; pero el ejercicio de esa titularidad no puede ser ejercitada mediante este ente social, sino a través de las entidades

y organismos del sector público, es decir, el Estado representado por sus instituciones que son los directos titulares del bien jurídico afectado estas entidades comprenden:

- 1.- El Estado;
- 2.- Los Municipios;
- 3.- Los Consejos Provinciales;
- 4.- Las empresas del Estado costeadas íntegramente con capitales netamente estatales;
- 5.- Los Bancos del Estado;
- 6.- Los Ministerios;
- 7.- Las Secretarías y las Subsecretarías.

Hemos ido dilucidando los sujetos que intervienen en el delito de peculado público pero hay que recalcar cual es el bien jurídico que se ve afectado, es por ello que La doctrina clásica argentina ha convenido que en el "peculado son varios los bienes jurídicos afectados: en primer lugar, la sustracción del bien afecta la propiedad (en el sentido penal); se afecta conjuntamente la seguridad con que la administración trata de preservar los bienes públicos; en el caso de nuestra legislación el Código Civil en su Libro II, dentro del TITULO III el artículo 604 nos da una definición de bienes nacionales; bienes públicos; y, bienes fiscales "Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la Nación toda.

Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la Nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos. Asimismo, los nevados perpetuos y las zonas de territorio situadas a más de 4.500 metros de altura sobre el nivel del mar.

Los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes se llaman bienes del Estado o bienes fiscales.”

Estos bienes fiscales son aquellos bienes de las personas públicas que no son de uso público, conformando así el llamado dominio privado del Estado. (Gómez, 2008, p.220)

Los bienes pertenecientes al Estado que no están afectados a un uso público, directo o indirecto, constituyen su dominio privado. Los bienes privados del Estado, o bienes patrimoniales, son usados de manera inmediata por éste, debiendo agregarse además, aquellos otros bienes que sin tener un uso concreto, sirven como reserva o patrimonio fiscal, o producen algún rendimiento o garantía, o de cualquier otra manera están destinados al cumplimiento de las actividades estatales, de cualquier forma que fuere. La diferencia entre dominio público y dominio privado es, esencialmente, una diferencia de régimen jurídico, de derecho público en un caso, predominantemente de derecho privado en el otro. El régimen propio de los bienes del dominio privado del Estado admite algunas alteraciones al sistema de propiedad civil, derivadas del interés público que siempre preside la actuación de la administración pública.

2.6.- EL PECULADO PRIVADO

El delito de peculado como lo hemos venido estudiando debe cumplir varios requisitos para ser catalogado como tal comenzando desde que el sujeto pasivo debe de ser un funcionario público, y que el perjuicio económico producto del acto antijurídico afecta directamente al Estado como titular de los dineros; pero también podemos incluir al delito de peculado como un delito privado enmarcado en las formas más comunes de corrupción.

Puesto que existen actos de corrupción que no involucran directamente al Estado. También existe corrupción cuando un funcionario de una entidad financiera de naturaleza privada traiciona la confianza del público con fines pecuniarios es decir apropiándose de los dineros que las personas naturales o

jurídicas han depositado en razón de la reputación de la institución, misma que se ve deteriorada por el mal actuar de los funcionarios de las instituciones financieras privadas.

3. CAPITULO III. EL DELITO DE PECULADO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

3.1.- HISTORIA DEL DELITO DE PECULADO EN EL ECUADOR

El Ecuador en el año 1830 se convierte en Republica, a raíz del apartamiento de la Gran Colombia, desde esta época hasta la presente los legisladores en búsqueda de la armonía jurídica y de la convivencia social han creado leyes ciertamente bajo la influencia de leyes españolas como lo fue en la época de la colonia.

El Primer Código Penal

El génesis del delito de PECULADO en la Legislación Ecuatoriana, se dio en el año de 1837, aprobado por el Congreso Nacional que fue Presidio por Juan José Flores y sancionado por Vicente Rocafuerte, un 17 de abril del año antes mencionado y publicado en el Registro Autentico 1837 de 14 de abril de 1837 ; este texto contiene en la parte Primera todo lo concerniente “A los Delitos Contra la Causa Pública”, y en los Títulos Sexto y Séptimo “De Los Delitos Contra La Hacienda Nacional”, temas que desde ese entonces hacían referencia al peculado.

El capítulo I de este Código comenta acerca “ Del extravío, malversación y mala administración de los caudales y efectos de la Hacienda Nacional” que se encuentra en los Artículos 332 al 340 que dicen:

“Art. 332.- Los tesoreros, administradores, contadores, y cualesquiera otros funcionarios públicos, que administren, recauden o de cualquier modo manejen caudales o efectos que tuvieren a su cargo para objetos diferentes de aquellos a que deben ser destinados, aunque no hagan falta para las atenciones de la hacienda, y aunque se reemplacen o repongan luego que sean necesarios, serán privados de sus empleos, y pagaran una multa del diez por ciento del caudal de que hubieren hecho uso.”

“Art. 333.- Los funcionarios expresados en el artículo anterior que hicieren uso de los caudales y efectos de la hacienda nacional, y por semejante extravío hubiesen dejado de cumplirse las atenciones de la misma hacienda nacional en el respectivo ramo, sufrirán además de la privación de su empleo, una multa del veinte por ciento de lo que hayan dejado de pagar, y serán apercibidos.

Unico.- Si por consecuencia de haberse dejado de cumplir las atenciones de la hacienda, se irrogare a este algún perjuicio, serán además condenados a resarcirle.”

“Art. 334.- Si extraviaren o malversaren a sabiendas, caudales o efectos de la hacienda nacional, cuyo importe no exceda de las fianzas que hubieren prestado en seguridad de su manejo, además de las penas de privación de empleo y multa expresadas, serán declarados infames, condenados a obras publicas por dos a seis años, y cumplidos que sean, quedaran inhábiles por cuatro años para obtener empleo alguno.”

“Art. 335.- Si el extravío, usurpación o malversación de caudales o efectos, excedieren de las fianzas que hubieren prestado para seguridad de su manejo, serán declarados infames, privados de sus empleos, inhábiles perpetuamente para obtener otros y condenados a obras públicas por cuatro a diez años.

“Art. 336.- Los funcionarios expresados en el artículo 332, que por negligencia o descuido, dieren lugar a que se extravíen o pierdan algunos caudales o efectos de la hacienda nacional, serán privados de sus empleos, y pagaran los caudales y efectos perdidos o extraviados.

1.- Cuando el extravío o pérdida dimanare de no haberse cobrado oportunamente los intereses de la hacienda nacional, los Tesoreros, Administradores, Contadores, Colectores y demás funcionarios a quienes corresponda el cobro o recaudación, que hubieren sido omisos en hacerlo, serán suspensos de sus empleos, por uno a cuatro años, y pagaran lo que hubieren omitido cobrar o recaudar.

2.- Se tendrá por extraviado o perdido, lo que los deudores de la hacienda nacional debieren, para el efecto de constituir a los funcionarios expresados en la responsabilidad de este artículo, pasado que sea un año, desde el día que se contrajo la deuda o que se cumplió el plazo en que debiera pagarse.”

“**Art. 337.-** Los funcionarios de que habla el artículo 332, que abusando de sus empleos dilataren los pagos debidos, a pretexto de no tener fondos para hacerlos, con el fin de comprar por sí o por interpuesta persona, los créditos a menor precio, o de obtener algún premio, ventaja o interés en el pago, o de molestar de cualquier otro modo al acreedor, perderán sus empleos, y pagarán una multa del valor triple de la cantidad que debieren haber pagado y no hubieren satisfecho.”

“**Art. 338.-** Los mismos funcionarios encargados del manejo, administración o venta de los efectos o géneros estancados a favor de la hacienda nacional, que con igual abuso de sus empleos reservaren el todo o parte de los géneros o efectos que debieren vender al público, para expenderlos por cuenta de ellos mismos, o repartirlos a determinadas personas, con agravio y perjuicio del público, a quien se le supone faltar dichos géneros o efectos para la venta, perderán sus empleos, y serán apercibidos.”

“**Art. 339.-** Los funcionarios públicos expresado que no llevaren sus cuentas con las formalidades prevenidas por las instrucciones o reglamentos respectivos, o que dejaren de sentar en los libros las partidas correspondiente, serán suspensos de sus empleos por seis a diez y ocho meses, y apercibidos.

Único.- Se entenderá haber omisión en el asiento de partidas en los libros, cuando aparezca que han dejado transcurrir tres días sin haber sentado las que debieran.”

“**Art. 340.-** Los mismos funcionarios que no presentaren las cuentas de su administración o manejo, después de haber pasado el tiempo que al

efecto les señalan las leyes, instrucciones y reglamentos respectivos, quedarán suspensos de sus empleos, y si pasado el término doble no presentaren las cuentas, quedarán probados de sus destinos, y siempre sujetos a la rendición de ellas.”

Paralelamente por esta época y con el afán de precautelar los intereses nacionales y sancionar a los funcionarios que cometiesen estos delitos se elaboró la Ley Orgánica de la Hacienda.

En la reforma de la Ley de Hacienda de 1863, se preceptúa en su artículo 68 inciso segundo que "la supresión o desfalco de una partida de ingreso, o la supresión o exageración de una partida de egreso, que serán corregidas por el Tribunal de Cuentas, cargando al rindente el duplo de lo debido, sin perjuicio de las penas impuestas en el Código Penal, y de las providencias del Ministerio para el cobro del duplo de la suma reintegrada".

La Contraloría General Del Estado señala que las disposiciones que contienen los artículos antes referidos, se encuentran infundidos en la Legislación Española, ya que contiene leves innovaciones de tipo reglamentario más adecuadas para una Ley de Hacienda más no para un Código Penal, puesto que posee una innecesaria separación en Títulos de defectuosa denominación.

El Segundo Código Penal

En el año 1871 el 23 de octubre fue elaborado por la Asamblea Constituyente el Segundo Código Penal Ecuatoriano el mismo que fue promulgado el 3 de noviembre del año antes citado por Gabriel García Moreno, donde se puede observar que las disposiciones sobre la malversación y peculado se encuentran reducidas a un solo artículo, el 257, que se encuentra en el Capítulo IV que trata a los “ Abusos y Concusiones cometidos por funcionarios públicos” dentro del Título IV “ De los crímenes y delitos contra el Orden Público, cometidos por funcionarios en el ejercicio de sus funciones” al tenor de lo siguiente:

“Art. 257.- Serán castigados con reclusión de tres a seis años todo empleado público, toda persona encargada de un servicio público, que

hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, de piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuviesen en su poder en virtud o razón de su cargo.”

La Contraloría General del Estado señala que este artículo adopta de manera casi textual la disposición del Código Penal Belga, pues sostiene los mismo sujetos implícitos en el delito; la clase de vinculo requerido; y, la enumeración de los objetos. El único cambio que se observa en esta tipificación de este delito dentro de este Código en comparación con el Belga, es la supresión del término “malversaciones” y “malversado” por los términos “abusos” y “abusado”.

Con el aparecimiento de este nuevo Código Penal se deroga la fianza que se mantenía entre las disposiciones del Código Penal de 1837, cuyo matiz principal fue inspirado en el Código Penal Español.

El Tercer Código Penal

Fue dictado por Congreso Constitucional de 1889, y sancionado por el Dr. Antonio Flores Jijón, que fue publicado simultáneamente con el “Código de Enjuiciamiento Criminal.”

En éste Código, en el artículo 256, se encontraba tipificado el delito de peculado y su texto es casi similar al anterior de 1871.

El Cuarto Código Penal

Este Código fue expedido por el General Eloy Alfaro el 26 de mayo de 1.906, en este cuerpo de leyes, el delito de peculado se lo tipificaba en el Art. 225 con exacta redacción anterior.

El Quinto Código Penal.

Fue promulgado por el General Alberto Enríquez Gallo en 1938, al contrario que los otros Códigos, el este el delito de peculado se encontraba tipificado en el Art. 236 con idéntica redacción al anterior.

El Código Penal de 1953 y el Código de Procedimiento Penal de 1955.

Estos dos cuerpos legales fueron codificados por la Comisión Legislativa Permanente y se lo publicó en el Registro Oficial No. 352 de 29 de octubre de 1953 y el Código de Procedimiento Penal se lo publicó en el Registro Oficial No. 875 de 11 de julio de 1955, por la misma Comisión de Legislación.

De la misma forma que los anteriores, en este Código no existe mayores novedades en cuanto al delito materia de la investigación, pues sólo varía la numeración del artículo que tipifica al delito de peculado.

Los Códigos Penales y de Procedimiento Penal de 1960.

Estos Códigos fueron aprobados el 22 de abril y el 9 de mayo de 1960, respectivamente, por la Comisión Legislativa Permanente y fueron publicados en el Registro Oficial No. 1202 del 20 de agosto de 1.960.

En estos Códigos a partir del artículo 233 del primero antes mencionado y 346 del segundo, se reproducen las disposiciones sustantivas y adjetivas de los Códigos de 1953 y 1955.

Dentro del Código Penal es suprimido el inc. 3ro, habida cuenta del contenido del Acuerdo de la Asamblea Constituyente dictado el 3 de septiembre de 1.946, publicado en el Registro Oficial No. 686 de 13 de los mismos mes y año.

Estos Códigos tienen supresiones y modificaciones, en la mayor parte a redacción y a otras de trascendencia, como la inclusión de los Bancos de Sistema de Créditos de Fomento, la desaparición de la palabra “todos” referente a la responsabilidad solidaria por las indemnizaciones; el cambio de género de las palabras “autor” y “fueros”.

Los Códigos Penales y de Procedimiento Penal de 1971.

Estos cuerpos de leyes fueron elaborados y promulgados bajo la administración del Dr. José María Velasco Ibarra, por una Comisión Jurídica, publicados el 22 de enero de 1971.

Los Códigos Penales y de Procedimiento Penal de 1.971.

Estos cuerpos de leyes fueron elaborados y promulgados bajo la administración del Dr. José María Velasco Ibarra, por una Comisión Jurídica, publicados el 22 de enero de 1971.

En esta publicación el delito de peculado se encuentra bajo el Título III “De los delitos contra la Administración Pública”, en el Capítulo V que trata “De la violación de los deberes de Funcionarios Públicos, de la Usurpación de Atribuciones y de los Abusos de Autoridad”, tipificado en el entonces artículo 257, en este artículo se cambian algunas palabras “de las Cajas de Previsión Social” por “del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social”, así mismo se suprime el inciso 2do. del referido Código, que hacía énfasis a la responsabilidad solidaria de los cómplices y encubridores, puesto que el término “autores” se hallaba comprendido en la parte principal del artículo en mención, también se suprimen los incisos 3ro. y 4to. que hacían referencia a la acción de cobro y la prescripción de la pena y la inaplicabilidad de la Ley de Gracia y el abandono de la acción penal respectivamente.

En la parte final del Capítulo V de la Codificación de 1971 se agregó el artículo 276 que trataba acerca de la inaplicabilidad de la Libertad Condicional en los casos determinados en el referido artículo.

El Código de Procedimiento Penal de 1971, en las disposiciones para el juzgamiento de estas infracciones de peculado, ha variado sustancialmente en su redacción y contenido.

Es así que a partir del artículo 376 de la Codificación de 1971 que correspondía al Art. 347 de la de 1960 reconoce los fueros y privilegios de que gozan ciertos funcionarios.

La creación de los Tribunales Especiales, se lo hace por Decreto Supremo No. 618, publicado en el Registro Oficial No. 105 de 19 de julio de 1.972, en este Decreto los artículos 7 y 11 poseen un especial procedimiento para el trámite del delito de peculado, sancionado por el artículo 257 del Código Penal.

Este procedimiento no sólo que contemplaban términos sumarios para la organización del juicio, sino que regulaban el detalle de las actuaciones del juez y singularmente el auto inicial, se establecía a su vez que es posible iniciar el enjuiciamiento aún en el caso de que el sindicato se encuentra prófugo y que la sentencia se dictare “este o no presente el reo en el lugar del juicio y haya o no comparecido a la defensa.

En materia de determinación de responsabilidades, merecen destacarse los incisos 3ro, 5to y 6to del Artículo 7, ya que expresaban: “En el auto inicial se ordenará la detención del sindicato, si fuere del caso y se dictaran medidas precautelarias, para asegurar las consecuencias económicas del juicio, etc.”

La ley que crea los Tribunales Especiales fue objeto de sucesivas reformas mediante Decretos Nros. 1445, 278 y 87, publicados en su orden en los Registros Oficiales Nros. 208 de 20 de diciembre de 1.972, 272 de 26 de marzo de 1.973 y 480 de 25 de enero de 1.974. Finalmente, por Decreto Supremo No. 888, publicado en el Registro Oficial No. 631 de 4 de septiembre de 1.974, fueron suprimidos los Tribunales Especiales y la materia de su competencia fue devuelta a los Jueces ordinarios.

También se dispuso que la tramitación de los delitos que eran de su conocimiento, que debían efectuarse de acuerdo con las normas del Decreto No. 618 “en cuanto fuere aplicables, a excepción de los recursos, se sujetaban a lo establecido en el procedimiento penal común”.

La Corte Suprema de Justicia del Ecuador, atendiendo una consulta respecto de ciertas dudas que se habían suscitado en torno al tema, expidió una Resolución, la misma que fue publicada en el Registro Oficial No. 91 del 16 de octubre de 1975, por la que declaró lo siguiente: “hallándose vigente el Decreto No. 618 y sus artículos 7 y 11, no cabe que en la tramitación de las causas a que éste se refiere, se apliquen principios de justicia universal, disposiciones del Código de Procedimiento Penal o preceptos constitucionales”.

Por Decreto Supremo No. 1429, publicado en el Registro Oficial No. 337 del 16

de mayo de 1977, se dictó la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, norma legal que actualmente se encuentran derogada por el Código Orgánico de Planificación y finanzas Públicas; Ley No. 00, publicada en el Registro Oficial Suplemento 306 de 22 de octubre de 2010.

3.2.- FERIADO BANCARIO EN EL ECUADOR EN 1999

Fueron muchos los acontecimientos que actuaron como antecedentes para la caída del sistema financiero nacional, encontramos en el año 1995 el conflicto bélico con el Perú; la caída del Banco Continental en el año 1996; el embate del Fenómeno del Niño en 1998; la baja de precio del petróleo; problemas de la economía brasileña que deterioraron la capacidad de pago de deudores de la banca nacional.

Las instituciones del sistema financiero ecuatoriano comenzaron ya a percibir el riesgo de crisis desde el año 1996, y para evitarlo se aprobó un salvataje que poseía gran cobertura y se aplicó, en lo pertinente, la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero de 1994; el objetivo de la Ley de Instituciones Financieras era redefinir los enfoques tradicionales en los que se desenvolvía la intermediación financiera; y, a su vez desarrollar procesos orientados a reducir las tasas de interés, encaminados a potenciar la producción a través inversión real. Es por ello que esto dio lugar a un boom de las Instituciones Financieras, tanto así que el Ecuador llegó a contar con 44 bancos privados y mas de 100 de otras entidades financieras en el año 1996.

Los objetivos que se habían implantado en esta nueva ley no fueron los esperados pues cada banca arraigaba una problemática propia y las autoridades buscaban soluciones para no agravar lo que mas se temía venir que era la perdida de confianza en el sistema financiero privado.

El primer banco en presentar problemas de Liquidez fue el Banco Continental, que pasó el control y propiedad al Banco Central del Ecuador, luego fuerte retiros de depósitos en sus operaciones off-shore, y de llegar a la imposibilidad de pagar aquellos créditos de liquidez que fueron concedidos en el año 1996.

A esta entidad Bancaria ni el crédito subordinado concedido por el Banco Central del Ecuador luego de la autorización otorgada por la Junta Monetaria en marzo de 1996 la salvo del estado de quiebra.

En este mismo año la situación general del sistema financiero presentaba los primeros síntomas de una debacle, pues la evolución de los créditos y de las captaciones fueron negativas. Por otro lado los sectores de las mutualistas y financieras decrecieron en términos reales durante 1995 y 1996, en estos mismos años se suscitaron las quiebras de entidades que no estaban autorizadas para recibir dinero de inversionistas y que habían operado como intermediarias financieras, junto con la quiebra de Ecuacorp (esta entidad quebró por acciones dolosas de sus administradores) se generó un clima de desconfianza generado por la deficiencias en los controles de supervisión bancaria, que no reconoció oportunamente la magnitud de los problemas del sistema financiero.

Entre los años 1994 y 1998 ocurrió la quiebra de cuatro bancos y siete financieras ecuatorianas, debido a los créditos vinculados que estas instituciones otorgaron de manera excesiva. El primer banco en quebrar fue el de los Andes, de propiedad del Contralmirante Guillermo Dueñas, el segundo banco el Continental que tenía como accionista mayoritario a la familia Ortega Trujillo.

A principios de 1998 se cerró Solbanco de propiedad de la familia Andrade Peñaherrera pese a que la Junta Bancaria autorizo su reactivación, aceptando la propuesta de capitalización de acreencias por parte de los depositantes; pese a ello el 11 de noviembre de 1999 la Junta Bancaria resolvió declarar en saneamiento a Solbanco; poco meses más tarde el Banco de Prestamos; finales del año se cerró el Banco de Tungurahua; en marzo de 1999 el Banco del Progreso experimentó los retiros masivos de depósitos, así también las entidades de menor tamaño lo que generó mas demandas de liquidez al Banco Central. Entrando en vigencia a fines 1998 el impuesto de circulación de capitales (ICCR) que gravaba con el 1% todas las transacciones realizadas mediante el sistema financiero nacional, generando el descontento social,

desde la perspectiva de la recaudación, este impuesto fue el adecuado puesto que brindaba disponibilidad inmediata de ingresos a la vez que contribuía a la consolidación de la información tributaria; permitiendo crear cruces de datos a partir de cuentas de personas naturales o jurídicas evidenciando cualquier evasión.

En este año el sistema financiero estuvo a punto de colapsar con la quiebra de Filanbanco, puesto que esta era la institución bancaria mas grande del país, que entró en restructuración en octubre de 1999, después de los desaciertos de liquidez y solvencia, debido al mal manejo de los créditos de liquidez recibidos por el Banco Central del Ecuador y por los créditos vinculados otorgados.

Los bancos Bancomex y Azuay de propiedad de las familias Ceballos y Miranda respectivamente cerraron sus puertas al igual que los otros por el excesivo otorgamiento de créditos vinculados, concedidos a empresas de las familias titulares de los bancos. El banco la Previsora, también quebró por la falta de más de 100 millones de dólares en créditos vinculados a Guerrero Ferber principal propietario de esta entidad.

De igual manera que las instituciones financieras antes mencionadas ocurrió con el Banco del Progreso de propiedad de Fernando Aspiazu que fugaba capitales a través de off-shore fuera del Ecuador; muy similar con el Banco Popular cuyo máximo directivo era Nicolás Landes.

El salvataje a la banca por parte del Estado se convirtió en uno de los principales detonantes de la inflación y, de la descomunal depreciación del sucre, siendo el causante de la nefasta decisión de declarar el feriado bancario y congelar perversamente los depósitos de la población. (Orozco, 2006, p.103.)

Eran épocas muy difíciles para el Ecuador, pues el país estaba al borde del síncope económico, tanto que el Presidente de la República Jamil Mahuad decidió optar por un congelamiento de fondos de la banca creando un “feriado Bancario” el 8 de marzo de 1999 necesario para que no se de inicio a un efecto

domino que hubiese acabado con la banca privada nacional mediante Decreto No. 680 de la antes referida fecha; la Junta Bancaria mediante Resolución No. JB-99-123 de 8 de marzo de 1999 dispuso que las Instituciones del Sistema Financiero suspendan la atención al público como las operaciones propias de su actividad, facultando al Superintendente de Bancos para que de considerarlo conveniente extienda el tiempo que fuere necesario la suspensión de actividades, por lo tanto este feriado se extendió hasta el viernes 12 de marzo; el lunes 15 de marzo las entidades financieras abrieron sus puertas al público luego de decretarse el congelamiento del 50% de los depósitos en cuentas corrientes y de ahorros en sucres y del 100% para las cuentas corrientes en dólares. Estos depósitos tanto en dólares como sucres estuvieron congelados por el lapso de un año a partir de la fecha de su vencimiento; así mismo los plazos de los créditos se extendieron por un año más a la fecha de su original vencimiento.

La congelación de los fondos no diferenció si se trataba de cuentas pertenecientes a jubilados, empresas o personas naturales, personas que necesitaban el dinero para su enfermedad o un tratamiento médico, pues ya no podían sacarlo, lo más triste de esto los dineros de los jubilados, que en gran parte estos vivían de sus ahorros.

La crisis del sistema financiero ecuatoriano también desnudó la incapacidad de la Superintendencia de Bancos y Seguros, y de la Junta Bancaria, para regular la operación del sistema financiero. (Orozco, 2006, p113)

3.3.-LA PROTECCIÓN DE VICTIMAS POR EL FERIADO BANCARIO

Antes que se diera la hecatombe del feriado bancario el Congreso Nacional de 1998 impulsó la creación de la Agencia de Garantía de Depósitos (AGD), proyecto presentado por el Diputado alterno José Joaquín Franco, del partido Social Cristiano, misma entidad que fue creada mediante la Ley No. 98-17 de Reordenamiento en Materia Económica en el Área Tributario – Financiera, Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 78 de 1 de diciembre de 1998 y reformada por la Ley No. 503 de 28 de enero de 2002.

Esta entidad se convertiría en el medio de protección y reclamo de los depositantes en la recuperación de sus dineros congelados por la medida tomada por el Presidente Jamil Mahuad el 8 de marzo de 1999, ya que en la Superintendencia de Bancos y la Junta Bancaria no encontraron respuesta.

Cuya finalidad esencial de la AGD era garantizar bajo métodos adecuados y justos, los depósitos de personas naturales; jurídicas; y, de otras entidades en las Instituciones Financieras, excluyendo de las garantías a los depósitos que tengan una tasa de interés superior al promedio establecido que era tres puntos en relación a las operaciones pasivas que el Banco Central publicaba cada semana, a todos los depósitos que constituían infracciones en cuanto a las normas legales o reglamentarias y los créditos vinculados o depósitos off shore de personas naturales o jurídicas. Pero el sentido prioritario que la AGD centró fue salvar y apoyar a los bancos cerrados y a sus accionistas.

La AGD fue una entidad de derecho público, dotada de personalidad jurídica propia, con un directorio conformado por autoridades y representantes de los principales organismos del ámbito monetario, bancario y, económico del Estado, presidido por el Ministro de Economía y Finanzas, un miembro del directorio del Banco Central, Superintendente de Bancos y un representante de la ciudadanía designado por el Presidente de la República.

Esta institución se encontraba dotada de recursos mediante bonos otorgados por el Ministerio de Economía y Finanzas, y de los capitales de los bancos que eran parte del proceso de saneamiento o de restructuración es decir los que pasaban a ser del Estado, cuya adecuación del capital se lo realizaba con cargo a las cuentas patrimoniales de los accionistas y, si estas eran insuficientes, con cargo al capital social; si se mantenía aun la insuficiencia los ajustes se harían con cargo a los depósitos y otros pasivos considerados como vinculados como lo establecía el Reglamento de la AGD, que fue aprobado por la Junta Bancaria.

Por ende los administradores temporales de los bancos en saneamiento empezaron a contabilizar en el balance todos los ajustes patrimoniales que

requería la Agencia de Garantía de Depósitos, en la que emitió las resoluciones Nos. AGD-99-019, AGD-99-020, AGD-99-021 y AGD-99-022 con fecha 15 de abril de 1999; AGD-99-028 del 7 de junio de 1999; AGD-99-046 del 16 de noviembre de 1999; AGD-00-006 del 16 de febrero de 2000 y, AGD-00-013 del 2 de marzo de 2000 en las que resolvió castigar la totalidad del saldo de las cuentas patrimoniales y del capital social de los bancos del Azuay; Tungurahua; Finagro; Financorp; Progreso; Popular; Occidente y de Préstamos respectivamente.

En los casos de los bancos Unión; de Crédito; Solbanco; y de Préstamos los patrimonios de estas entidades presentaron valores negativos previamente a entrar en proceso de saneamiento recalando así la situación deplorable de la banca ecuatoriana, razón por la que fue necesaria la intervención del Banco Central del Ecuador en coordinación con el Fondo Monetario Internacional para la realización de medidas y políticas enfocadas a las operaciones de mercado abierto colocando cuantiosos montos de Bonos de Estabilización Monetaria, con atractivas tasas de rendimientos y funcionamiento de las mesas de dinero; sostener la escalada alcista del dólar por lo que se extendieron plazos previstos por la AGD para la devolución de los depósitos a través de un flujo mensual de recursos; se reprogramó el descongelamiento de depósitos a plazo con el programa monetario de la época.

Estas medidas tomadas por el Banco Central del Ecuador truncaron la devolución de los depósitos a los clientes de los bancos que se encontraban en el control de la AGD. Es por ello que se elaboró un cronograma para las devoluciones de dineros de los depósitos de los bancos Progreso; Bancomex; Solbanco; Unión; Crédito; y, el Banco de Préstamos que estaría vigente a partir de enero de 2000.

Hasta diciembre de 1999 la AGD había destinado 132.6 millones de dólares en devoluciones a 1'230000 depositantes.

En el año 2002 la AGD entregó USD . \$120 millones de dólares a los clientes de las entidades en saneamiento; de los cuales el desembolso de USD. \$ 42

millones de dólares fue para los depositantes del Banco de progreso dejando una deuda de USD. \$65,1 millones de dólares aún quedaba pendiente USD. \$102 millones de dólares

El 31 de diciembre de 2010 la AGD cerró su trabajo, trasladando todos los activos y pasivos que poseía a la cartera del Ministerio de Finanzas, la actividad de esta entidad desde su creación en 1998 ha tenido 17 gerentes generales evidenciando una inestabilidad al momento de manejar una institución.

Quedando pendiente por recuperar la deuda del Filanbanco que suma USD 604, 6 millones de Dólares; sin embargo en un informe de la ex liquidadora de esta entidad bancaria Soraya Bajaña, actualizó los balances en el 2010, donde se registró una cartera pendiente de cobro por USD 1055,5 millones de dólares, de los cuales solo USD 545,9 corresponden a los interés por mora de 10 años y USD 390, 1 millones de capital.

3.4.- EL PECULADO FINANCIERO Y BANCARIO CASO FILANBANCO: BREVE ANÁLISIS

El denominado "peculado bancario" llamado así para distinguir el que se comete en las instituciones del sistema financiero, del que se perpetra en las entidades del sector público, aparece ya en la reforma al entonces artículo 236 del Código Penal de 1938 (hoy artículo 257), efectuada mediante Ley de 8 de octubre de 1941, publicada en el Registro Oficial número 348 de 23 de octubre de 1941

El Doctor Gerardo Morales Suarez define al peculado bancario como “un delito mediante el cual, el servidor bancario o de una entidad financiera, distrae indebidamente o le da una aplicación distinta del objeto para el cual se le confió, para uso o beneficio propio, objetos, dinero, o bienes en general que pertenecen al banco, si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración, en depósito o en cualquier otra forma, traicionando a la confianza y a la normal garantía del público en cuanto a la custodia de los

bienes puestos bajo su cuidado, en perjuicio de la seguridad ciudadana y del comercio humano".

Para Rafael Bielsa el peculado financiero son "Los delitos de gente inteligente avanzada en los negocio, conocedora de las leyes y reglamentos y de las artimañas para eludir sanciones, influyentes por su poder corruptor, y que tiene relaciones mundanas y politicas con los funcionarios".

El peculado financiero en especial implica una estafa en el orden de la buena fe de los negocios y la confianza publica, orientado generalmente en la defraudación fiscal.

En nuestra legislación tanto como en la doctrina y la jurisprudencia no se establece diferencia alguna entre el término de peculado bancario y el peculado financiero pues solo se ha reconocido la existencia del primero antes referido. Cabe recalcar que estos dos delitos son de carácter económico y atentan directamente a la economía del Estado.

Estos delitos se diferencian por: el sujeto, por el objeto y por los efectos negativos que ocasionan en la sociedad.

En cuanto al sujeto el delito de peculado bancario es cometido por un solo individuo; en tanto que el delito de peculado financiero es siempre por una pluralidad de individuos o grupos económicos que actúan a través de sus órganos.

El delito de peculado bancario es cometido por personas de clase media o baja de cuyos capitales no son propietarios; mientras que el delincuente financiero se encuentra en el alto peldaño social tanto nacional como internacional; es propietario del capital. El primero labura de manera cotidiana y vive de su actividad como empleado en una entidad bancaria; el segundo en cambio vive de múltiples negocios e inversiones, su actividad es dinámica, mantiene conocimientos tecnológicos. En estos tipos de delitos de peculado ya sea bancario o financiero el sujeto pasivo como tal es el conglomerado social.

También hay que tomar en cuenta las diferencias por el objeto, ya que el peculado financiero ataca directamente al capital del banco; en tanto que el delito de peculado bancario arremete sobre el dinero que maneja el encargado. El primero causa daños a la sociedad y al Estado mientras que el segundo no tiene consecuencia social acercándose por sus características al delito de hurto o de abuso de confianza.

El peculado bancario es un delito común y no atenta el orden económico y social ni mucho menos el sistema financiero perjudicando a los sujetos; por otro lado el peculado financiero es un delito de orden económico y social desestabiliza la función del sistema financiero este es netamente un delito de cuello blanco.

En si ambos delitos producen resultados disímiles, el peculado financiero causa la grave conmoción social a una cantidad significativa de habitantes de un país y en ocasiones fuera del mismo, lesiona la economía estatal. El peculado bancario pasa desapercibido afectando únicamente los intereses de la entidad bancaria donde se cometió el delito y el daño es pequeño.

Con esta clara diferenciación y dejando claro cada uno de estos tipos de delitos de peculado procederemos analizar de manera singular el caso de la entidad bancaria filanbanco:

La excitativa fiscal con la que se inicia el proceso penal fue presentada por la Dra. Mariana Yépez de Velasco, Ministra Fiscal General del Estado de esa época, con fecha 16 de julio de 2000, ante el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, en la que en su parte pertinente dice “Los hechos constantes en la presente excitación fiscal están demostrando la comisión de peculado bancario determinada en el Art. 257 del Código Penal y de falsedad tipificado en el Art. 363 del mismo cuerpo de Leyes, así como de varios delitos financieros previstos en el Art. 131 de la Ley de Instituciones del Sistema Financiero. Las infracciones mencionadas son delitos punibles por lo que se solicitó al Presidente de la Corte Suprema de Justicia se sirva instruir el sumario de ley y que disponga la iniciación del juicio penal en contra de Roberto Isaías Dassun,

William Isaías Dassum, Juan Francisco Franco Porras, Gastón García González...” .

El 21 de junio del 2000, la Ministra Fiscal General del Estado, realizó un alcance a la excitación fiscal, solicitando que al instruirse el sumario y dictarse el auto cabeza de proceso se syndique también a los señores Dr. Jaime Freire Hidalgo, Patricio Moreno Huras, y otros.

El auto cabeza de proceso fue instruido por el Dr. Galo Pico Mantilla, Presidente de la Corte Suprema de Justicia a ese entonces, el 22 de junio del 2000, a las 18h00.

Sustanciado que fue el proceso, el Dr. Armando Bermeo Castillo, Presidente de la Corte Suprema de Justicia, en Auto de 19 de marzo de 2003 a la 16h30, dicta Auto de Llamamiento a Juicio Plenario en contra de los sindicados Roberto Isaías Dassun, Ex Presidente Ejecutivo de Filanbanco S.A.; William Isaías Dassum, Ex Vicepresidente Ejecutivo ; Juan Franco Porras, Ex Gerente General ; Gastón García González, Ex Auditor General; Leonardo Navas Banchón, Ex Contador General; Daniel Rodríguez Galarza, Ex Vicepresidente Apoderado General de Filanbanco Trust & Banking Corp; Antonio Arenas C, Ex Contador General, María del Carmen de Morla, Ex Vicepresidenta y Subsecretaria de Filanbanco Trust; Gloria Magdalena Ávila Aguilar, Representante de la Compañía Otavalo S.A.; Boanerges Pereira Espinoza, Tyrone Castro; Dr. Jorge Egas Peña , Ex Superintendente de Bancos; y, Dr Luis Jácome Hidalgo, Ex Presidente del Directorio del Banco Central del Ecuador, “**...POR EL DELITO DE PECULADO BANCARIO**, tipificado y sancionado en el Art. 257 Inc. 1ro., en relación con el Inc. 3ro, del Código Penal disponiendo en consecuencia, que los sindicados designen defensor dentro de dos días, y de ser el caso se practique su evaluación siquiátrica... “

Por lo que de este auto, de 19 de marzo de 2003, fue necesario examinar el Considerando Décimo Noveno, respecto a la fundamentación y vigencia del delito de Peculado en el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano: “**...el delito de peculado bancario está tipificado y sancionado en el Art. 257 –vigente**

a la fecha de comisión de los hechos que se juzgan-... “...En el peculado la acción consiste en apropiarse o distraer en provecho propio o ajeno el dinero o las cosas muebles poseídas por razón de cargo o servicio y perteneciente a la administración pública...” Últimamente, en reducidos medios, se viene sosteniendo que el peculado bancario existe solamente a partir de la reforma publicada en el Registro Oficial N. 190 de 13 de mayo de 1999, cuando la Ley N. 99-26, dispuso que a continuación del tercer inciso del Art. 257 de Código Penal, se añada el siguiente: “ 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 y/o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades, que hubiesen contribuido al cometimiento de estos ilícitos.” Tal afirmación no tiene fundamento legal alguno, por que la reforma únicamente dispone que se agregue un nuevo inciso al vigente artículo 257 del Código Penal, sin reformar ni derogar el inciso tercero del mismo artículo, en el que consta la figura del peculado bancario, la cual, consecuentemente, ya se encontraba vigente en la época del cometimiento de los ilícitos materia de este enjuiciamiento; tanto es así, que en el año de 1984, la Corte Suprema de Justicia, en el fallo que consta en la Gaceta Judicial N. 5, Serie XIV, aplicó tal disposición penal y confirmó la sentencia condenatoria subida en grado , en la que se condenaba a los administradores del Banco la Previsora...”

El 19 de marzo de 2003 a las 16h30, se dicta el Auto de llamamiento a Juicio Plenario, por el **DELITO DE PECULADO**, el mismo que fue impugnado y apelado por los sindicatos.

El recurso de apelación fue conocido y resuelto por la Primera Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, que en Auto de 12 de mayo de 2009, confirma el Auto de Llamamiento a Juicio Plenario dictado por el Ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia, del que es necesario resaltar el contenido del **Considerando Décimo Octavo**, cuyo texto dice: “Del análisis precedente se determina que los sindicatos Roberto Isaías Dassun, como Presidente

Ejecutivo de Filanbanco S.A.; William Isaías Dassum, como Vicepresidente Ejecutivo ; Juan Franco Porras, como Gerente General; Gastón García González, como Auditor General; Leonardo Navas Banchón, como Contador General .de Filanbanco Trust & Banking Corp; Maria del Carmen de Morla, como Vicepresidenta y Subsecretaria de Filanbanco Trust; y, Gloria Magdalena Ávila Aguilar, Representante de la Compañía Otavalo S.A., adecuaron su conducta al tipo penal del delito de peculado, en virtud de que, los prenombrados directivos de Filanbanco S.A. incumplieron las condiciones de los créditos de liquidez otorgados por el Banco Central del Ecuador, que fue quien otorgó tales créditos con dineros del Estado ecuatoriano, para fines específicos; esto es, para que la mencionada entidad bancaria pueda atender el retiro del depósito de sus clientes, así como cubrir cartas de crédito y avales con instituciones del exterior; lo que no aconteció y lo distrajeron para beneficio propio, conforme se encuentra probado de autos...”. E igualmente lo señalado en **el Considerando Vigésimo Primero**: “...En el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano, el delito de peculado está tipificado y sancionado en el Art. 257 del Código Penal...” “...El peculado es un delito de daño, para su comisión es imprescindible que los bienes y efectos públicos salgan del patrimonio del Estado e ingresen en el del funcionario”.

“En reiterados fallos dictados por la ex Corte Suprema de Justicia ha sostenido que: En cuanto al sujeto activo se amplió la imputabilidad del delito de peculado, esta es una simple constatación exterior del problema que no demuestra nada nuevo; pero, si analizamos con detenimiento y en forma dialéctica, inmediatamente nos damos cuenta que, en el momento en que se produce la ampliación de un sujeto activo a otros, se produce un cambio cualitativo, porque, del peculado bancario, se pasa al peculado financiero, este paso es posible debido a la actuación positiva de la ley de la transformación de la cantidad en calidad: primero, la ley reconoció como sujeto activo solo a los empleados que manejen fondos de los bancos, más tarde a los servidores bancarios y, finalmente, a los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las Instituciones del sistema financiero nacional privado, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de

administración de estas entidades, que hubiesen contribuido al cometimiento de estos ilícitos...”. Este análisis dialéctico jurídico, llevó a la Primera Sala de Penal de la Corte Nacional de Justicia a la conclusión de que, efectivamente, los sindicatos Isaías y otros que han sido llamados a juicio plenario por el Presidente de la ex Corte Suprema de Justicia adecuaron su conducta en el tipo penal previsto y sancionado en el Art. 257 incisos primero y tercero del Código Penal por lo que confirmaron el Auto de Llamamiento a Juicio Plenario.

Como vemos tanto en la excitación fiscal como en los Autos de 19 de marzo de 2003 y en el de 12 de mayo de 2009, los máximos magistrados de justicia han considerado que la conducta observada por los sindicatos en el proceso penal de los Hermanos Isaías y otros, es la del delito de peculado, que lo fundamentaron tanto en la disposición penal pertinente, Art. 257 y su reforma, en la doctrina y jurisprudencia.

Es evidente que la figura jurídica de peculado bancario está tipificada en nuestro Código Penal a la fecha en que los sindicatos hermanos Isaías y otros, incurrieron en la comisión del delito que fue motivo de investigación, por lo que no es procedente la fundamentación que realiza la Sala de Conjuces para no llamar a juicio por el delito de peculado bancario.

Más aún, es necesario resaltar que el Dr. Armando Bermeo, Presidente de la Corte Suprema de Justicia a esa época, tuvo una actuación correcta y apegada a la Ley, pues el Código de Procedimiento Penal de 1983, contemplaba entre las atribuciones del Fiscal la de emitir un dictamen, mismo que no tenía el carácter de obligatorio y vinculante para el juzgador, ya que éste tenía la atribución de considerarlo total, parcial o apartarse del mismo, que fue lo que sucedió al no considerar el dictamen emitido por la Dra. Mariana Yépez de Velasco, Ministra Fiscal General del Estado de esa época, y dictar auto de llamamiento a Juicio por el delito de PECULADO BANCARIO, el que fuera ratificado en Auto de 12 de mayo de 2009, por los jueces de la Primera Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, que así mismo actuaron ceñidos a la verdad procesal y a la ley.

Por la doctrina, jurisprudencia y legislación vigente, a la fecha, sobre el delito de peculado bancario, vemos que sin equívocos los hermanos Isaías, en las calidades tantas veces señaladas, y los otros sindicados en este proceso, adecuaron su conducta al tipo penal del delito de peculado, en virtud de que, los prenombrados directivos de Filanbanco S.A. incumplieron las condiciones de los créditos de liquidez otorgados por el Banco Central del Ecuador, que fue quien otorgó tales créditos con dineros del Estado Ecuatoriano, para fines específicos; esto es, para que la mencionada entidad bancaria pueda atender el retiro del depósito de sus clientes, así como cubrir cartas de crédito y avales con instituciones del exterior; lo que no aconteció y lo distrajeron para beneficio propio, conforme se encuentra probado de autos.

3.5.- LAS INFRACIONES DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS PRIVADAS

El artículo 2 de la Ley Orgánica de Instituciones del Sistema Financiero define claramente que entidades son consideradas instituciones financieras privadas como:

“los bancos, las sociedades financieras o corporaciones de inversión y desarrollo, las asociaciones mutualistas de ahorro y crédito para la vivienda. Los bancos y las sociedades financieras o corporaciones de inversión y desarrollo se caracterizan principalmente por ser intermediarios en el mercado financiero, en el cual actúan de manera habitual, captando recursos del público para obtener fondos a través de depósitos o cualquier otra forma de captación, con el objeto de utilizar los recursos así obtenidos, total o parcialmente, en operaciones de crédito e inversión”.

Las entidades bancarias privadas trabajan en relación directa con sus clientes asistiéndolos con sus habilidades y conocimiento al desarrollo de un extenso plan que les suministre seguridad financiera.

La banca privada a más de realizar transacciones bancarias regulares, está planteada para personas naturales y jurídicas, por lo tanto ofrece servicios a

través de una atención confidencial y personalizada, que otorga créditos o dirigiendo inversiones.

Lamentablemente la banca privada ecuatoriana ha tenido por décadas problemas de tipo fraude; que derivan en conductas delictivas que han debilitado la confianza del público hacia estas entidades.

Dentro de las infracciones cometidas por la banca privada tenemos:

- I. Falsificación de carteras de crédito: Los administradores de los bancos califican su cartera en categoría A, por lo tanto dan a entender que es una entidad estable, solvente con un bajo riesgo, pero en el momento de encontrarse en una situación de problema ésta no tiene como solventar la emergencia.
- II. Bajas provisiones para pérdidas económicas: Los bancos en ocasiones no mantienen un fondo que sirva de colchón en el caso de pérdida por lo que esto genera una problemática que a la larga resulta perjudicial para la solvencia de la entidad.
- III. Otorgamiento de créditos a empresas vinculadas: Se da cuando el banco consiente brindar créditos a empresas donde sus accionistas mantienen una relación directa dejando con problemas de liquidez a la banca privada.
- IV. Maquillaje de Balances: Se elaboran manipulando la información contable y financiera con el objetivo de presentar unos balances financieros con determinados indicadores, con determinados pasivos, activos o utilidad para ser presentados a los acreedores o a los bancos, con los que se pretende presentar una mayor solvencia económica, una mayor solidez financiera.
- V. Jineteo de Fondos: Los empleados o directivos de las entidades bancarias hacen uso indebido de los fondos de los depositantes para solventar necesidades económicas ajenas al rol de la institución pero que después intentan cubrirlas al recibir más ingresos hacia banca pero esto deja un vacío monetario difícil de cubrir.
- VI. Concesión irregular de créditos: Prestamos fraudulentos para beneficiar

a los mismos directivos, a o empresas amigas en la cual no se exigen garantías suficientes, y en ocasiones estas son falsas.

- VII. Fraude bancario: Es un mal accionar por parte de las instituciones bancarias privadas que se asemeja a la estafa, haciendo creer a la persona o la empresa que paga que obtendrá algo que, en realidad, no existe.
- VIII. Blanqueo de dinero: También llamado lavado de dinero o lavado de activos, es una actividad ilegal que consiste en disimular el origen de fondos procedentes de actividades ilícitas o de naturaleza criminal.

La Ley Orgánica de Instituciones del Sistema Financiero publicada en el Registro Oficial 250 de 23 de enero de 2001, enumera y sanciona las infracciones por parte de las entidades bancarias privadas:

“Art. 123.- Las instituciones del sistema financiero en ningún caso podrán recibir como garantía de obligaciones más del diez por ciento (10%) de las acciones pagadas de otra institución del sistema financiero privado, ni un monto de tales acciones que, en conjunto, excedan del diez por ciento (10%) de su propio patrimonio técnico.

La constitución, ejecución y cancelación de esta especie de garantía será informada a la Superintendencia, cuando ocurra, por el tomador de la garantía”.

“Art. 124.- Las instituciones del sistema financiero no podrán hacer operaciones, directa o indirectamente, por más del equivalente a 10.000 UVCs a sus funcionarios o empleados o a sus respectivos cónyuges, siempre que éstos no sean vinculadas a la institución, sin la aprobación previa del directorio, cuya resolución constará en actas y será puesta en conocimiento de la Superintendencia dentro de los ocho días siguientes a la fecha en que fue adoptada.

Para los fines de este artículo, si un funcionario o empleado de la institución del sistema financiero fuese propietario o manejare el veinte

por ciento (20%) o más de las acciones o participaciones de una sociedad, el préstamo realizado a ésta se considera otorgado a aquél, en el mismo porcentaje de su participación accionaria en dicha institución, porcentaje que será incluido en el cómputo de las operaciones a que se refiere el inciso anterior.

La Superintendencia impondrá a las instituciones del sistema financiero que violen este artículo, una multa no inferior al equivalente a 1.000 UVCs ni mayor al equivalente a 3.000 UVCs. Igual sanción se impondrá al director, funcionario o empleado de la institución del sistema financiero que hubiese autorizado tal operación, quien la pagará de su propio peculio y se considerará la operación de plazo vencido.”

“Art. 125.- No podrán las instituciones del sistema financiero:

- a) Realizar operaciones de crédito directas, indirectas y contingentes, recibiendo en garantía sus propias acciones o las de sus compañías afiliadas y subsidiarias o las de compañías pertenecientes al mismo grupo financiero; b) Conceder créditos directos, indirectos y contingentes con el objeto de que su producto sea destinado, directa o indirectamente, a la suscripción, y pago de acciones de la propia institución o de cualquier otra compañía del grupo financiero; y,
- c) Constituir gravámenes sobre sus bienes inmuebles, incluido los recibidos en dación en pago, salvo el caso de que cuenten con la autorización previa de la Superintendencia.”

“Art. 126.- Los directores, administradores, funcionarios o empleados de una institución del sistema financiero o una persona que actuase a nombre y en representación de ellos, no podrán adquirir ni arrendar, a cualquier título, por su propia cuenta o en representación de un tercero, directa o indirectamente, cualquier bien de propiedad de la institución, o los que estuvieren hipotecados o prendados a ella. Las mismas personas no podrán vender a la institución financiera bienes de su

propiedad.”

“Art. 127.- Si la acción u omisión dolosa de una cualesquiera de las personas mencionadas en el artículo anterior, causase perjuicios a la institución financiera o a terceros, aquellas responderán por cualesquiera de las pérdidas ocasionadas, con sus propios bienes, para lo cual la Superintendencia hará uso de la facultad coactiva.”

Para usar esta Facultad Coactiva, en el caso de IFI abierta o cerrada, la Superintendencia de Bancos, fijará el valor de los perjuicios causados y emitirá el título de crédito que servirá de base para el ejercicio de la acción coactiva.

“Art. 128.- Cualquier director, administrador, funcionario o empleado de una institución del sistema financiero o la persona que actúe en nombre y representación de aquellos, será personalmente responsable, cuando hubiere cometido una de las siguientes infracciones:

a) Declaración falsa, respecto de las operaciones de la institución financiera; b) Aprobación y presentación de estados financieros falsos; c) Ocultamiento a la Superintendencia o a sus representantes debidamente autorizados, de la verdadera situación de la institución del sistema financiero; d) Ocultamiento, alteración fraudulenta o supresión en cualquier informe de operación, de datos o de hechos respecto de los cuales la Superintendencia y el público tengan derecho a estar informados; y, e) Las señaladas en el artículo 125 de esta Ley.

Las infracciones mencionadas serán sancionadas con multa no menor al equivalente a 10.000 UVCs ni mayor al equivalente a 15.000 UVCs o con las penas previstas en el artículo 363 del Código Penal, o con ambas penas, a criterio del juez.”

3.6.- SUJETOS QUE INTERVIENE EN EL DELITO DE PECULADO BANCARIO PRIVADO

SUJETO ACTIVO: En el caso de peculado bancario privado, será el funcionario, una persona natural que desempeñe cualquier actividad dentro de la institución, ya sea en el ámbito administrativo como en el ejecutivo, por lo tanto este delito es por consiguiente uno de aquellos que la doctrina lo ha llamado como “delitos especiales”, esto es, que requieren para su consumación, en el sujeto activo, cualidades ya establecidas, partiendo de que la entidad sea de carácter privado, es decir que no pertenezca al Estado, o que este no tenga ningún porcentaje de acciones.

Los funcionarios que contribuyan a la perpetración de este delito son:

- Los administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del sistema financiero,
- Los vocales de los directorios,
- Los Vocales de los consejos de administración de las entidades del sistema financiero

El funcionario de una institución financiera privada no ostenta cargos públicos, aunque si se entiende que cumple una función, dentro del ámbito privado, no cabe en lo jurídico calificar como cargo público la labor que desempeña un cajero o un gerente. Sus puestos o funciones son privados. Como vemos, tampoco aquí se cumplen los requisitos del peculado propio cuando se trata de funcionarios privados.

SUJETO PASIVO: El peculado bancario privado no atenta únicamente a la entidad bancaria, pues este delito va más allá afectando a un conglomerado social, que son los cuentas ahorristas y cuenta correntistas, puesto que dejan quebrantada la confianza que se depositó en la institución bancaria.

4. CAPITULO IV. NORMATIVA JURÍDICA PENAL DEL PECULADO BANCARIO

4.1.- ANÁLISIS INTEGRAL DEL ART. 257 DEL CÓDIGO PENAL Y SU REFORMA EN LA LEY 99-26 DEL 13 DE MAYO DE 1999

En el Código Penal Ecuatoriano, en el Título III DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA; Capítulo V DE LA VIOLACIÓN DE LOS DEBERES DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS, DE LA USURPACIÓN DE ATRIBUCIONES Y DE LOS ABUSOS DE AUTORIDAD, encontramos en el Art. 257 la descripción del tipo penal denominado Peculado; el mismo que de su lectura y por la denominación tanto del título y capítulo antes referido se desprende que la administración pública – Estado, es en definitiva la perjudicada por el accionar injurídico e ilegal del sujeto activo – Funcionario Público que ejerce funciones encomendadas en razón de su cargo.

Es preciso reconocer que la administración pública tiene como fundamento primordial generar un servicio de calidad a la sociedad en su conjunto; es por ello que el correcto funcionamiento de esta se vera plasmado cuando el uso de los recursos que pertenecen al Estado o a los Gobiernos Provinciales o locales estén orientado al beneficio colectivo.

Bajo estos preceptos la Constitución de la República mantiene sindéresis al reconocer principios de las obligaciones y competencias de los funcionarios públicos para asegurar el Sumak Cawsay. Es por ello que sin duda alguna expreso que al identificar como bien jurídico tutelado a la administración pública, todos los ciudadanos que forman parte de la misma deben estar comprometidos con el moral, legal y eficaz funcionamiento del Estado en todas sus dimensiones.

Las normas sustantivas penales tienen como característica esencial la de prevenir y sancionar el cometimiento de delitos, los mismos que atentan contra la seguridad y la paz social. Cuando nos referimos a defender y proteger los recursos que pertenecen a la administración pública en general, la norma penal

lleva implícita la obligación del funcionario público para actuar con irrefutable probidad con una marcada capacidad y una indiscutible fidelidad en el ejercicio pleno de las funciones encomendadas, de tal forma que los intereses jurídicos consagrados en la Constitución no se vean manchados por una indecorosa y repugnante actuación que lesionan los intereses del Estado.

El Estado ecuatoriano ha venido desarrollando un sin número de esfuerzos y programas para prevenir y combatir la corrupción, la misma que proviene de las altas esferas y de los mandos medios de la administración pública, que sin ofender al fortalecimiento de las instituciones, este mal, ha sido evidenciado con mayor claridad en el proceso de madurez democrática que hemos venido asistiendo en las últimas décadas. Prueba de ello nuestro Estado se adhirió en junio de 1997 a la Convención Interamericana contra la Corrupción, lo que demuestra el compromiso inobjetable para combatir estas reprochables prácticas contra la administración pública.

En el 2008 la Asamblea Constituyente al redactar la nueva Constitución de la República del Ecuador declaró un combate radical a la corrupción, al punto que en el Art. 233, identifica al peculado como un delito imprescriptible para su persecución, y el cumplimiento de su pena, lo que denota que este tipo penal configura una alta gravedad para quienes lo cometan.

En esa misma línea el Art. 227 de la Carta Magna define el radio de acción y los principios de la administración pública catalogada como un servicio a la colectividad regida por elementos inalienables de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.

Todos estos principios recogidos en el Artículo antes invocado constituyen un único cuerpo rector para consolidar el objetivo fundamental del Estado y que es la consecución del bienestar común y el buen vivir.

Para los propósitos del presente análisis, es necesario también mantener el antecedente constitucional contenido en el Art. 229, en el que se define al

servidor público como la persona que en cualquier forma o título, trabaja, presta servicio o ejerce un cargo, función o dignidad dentro del sector público.

En el capítulo VII ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, en el Artículo 225 de la Constitución de la República se enuncia los entes y organismos que comprenden al sector público:

- “1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.
2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.
3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.”

Habiéndonos ubicado en el escenario constitucional respecto de la definición de la administración pública así como de sus organismos y dependencias; y, de los sujetos que forman parte de ella, podremos entonces entrar a desentrañar los actos injurídicos que tales ciudadanos en el ejercicio de sus funciones cometen y que como resultado de los mismos afectan materialmente al patrimonio de la administración pública y al cual se refiere el Art. 257 del Código Penal.

Bajo las consideraciones anotadas, nos encontramos con una infracción penal cuya autoría siempre estará radicada en un sujeto que por el ejercicio de la función pública, quien al cometer una conducta ilegal orientada básicamente a perjudicar al patrimonio del Estado, y evidenciado este resultado, se denomina entonces el peculado por lo que en resumen podríamos decir, que esta figura delincinencial tiene dos sujetos debidamente identificados; el primero el sujeto activo que debe ser un funcionario público; segundo el sujeto pasivo que es quien sufre el perjuicio, que es el Estado a través de todas las instituciones del sector público señaladas en la Constitución de la República; y, el resultado que

tiene que evidenciarse mediante el perjuicio económico debidamente comprobado a través de los exámenes especiales de auditoría de la Contraloría General del Estado y ratificados en un proceso penal mediante las correspondientes experticias, evidencias que deben también conllevar a la conclusión de que existió un provecho económico a favor del funcionario público o de terceros.

En la generalidad, se asume que el delito de peculado se evidencia con la arbitraria disposición de dineros, pero de la lectura detenida al Art. 257 del Código Penal el abuso de los bienes muebles e inmuebles que estuviesen en poder del funcionario público en razón de su cargo, también encarga esa conducta en el acto delictivo conocido como peculado.

El abuso de títulos, o documentos que contengan obligaciones económicas, o que representen acciones de cualquier naturaleza societaria; de inversiones; garantías; también configuran el tipo penal de peculado.

Se ratifica entonces que el peculado tiene también condiciones que deben cumplirse en la teoría del delito para que pueda ser sancionado como es que la infracción la cometa una persona natural que ejerce una función pública; que este ciudadano abuse del patrimonio público en cualquiera de sus formas en razón de sus funciones y cargo, y que tal arbitrariedad se haya dirigido a beneficiar ilegalmente su peculio o el de terceros.

La doctrina penal en su gran mayoría establece una forma de autoría al accionar de un sujeto prohibido por la Ley. Se puede también considerar también como una generalidad que el autor de un delito no requiere calidades para su consideración como es el caso de los delitos comunes por ejemplo el robo; asalto; violación; asesinato; pero, para el delito de peculado es imprescindible que el autor del mismo como requisito sine qua non.

El funcionario público que adecúa su conducta al tipo penal en referencia a través de sus acciones u omisiones deliberadas responderá por la calidad de

autor material aun cuando el ilegítimo beneficiario sea un tercero que no tenga la calidad de servidor público.

La legislación ecuatoriana no contempla la posibilidad de que se repute autor de peculado a un sujeto que no preste sus servicios lícitos y personales a una institución pública, aun cuando este haya aportado intelectualmente en la preparación y perfeccionamiento del delito, por lo que esa intervención bajo la calidad indicada solo se la considera bajo la figura de la complicidad.

En Art. 42 del Código Penal en la línea de la doctrina general reputa autor del delito a quien ha perpetrado la infracción sea de una manera directa o inmediata o aconsejando su comisión de tal manera que ese acto de asesoría contribuya a la consumación del delito. El acto volitivo de plena conciencia que ejerce el funcionario público, y que de su análisis se determina la intención deliberada de irrogar perjuicio al patrimonio público, son los elementos que constituyen la forma de identificar la autoría del peculado.

El Art. 43 del Código antes citado reconoce la complicidad a las actuaciones indirectas y secundarias que cooperan en la ejecución del acto punible sean estos a través de actuaciones anteriores o simultáneas al perfeccionamiento del delito. En el peculado, este cómplice para ser reputado tal, no debe tener la calidad de funcionario público en la entidad cuyo patrimonio ha sido perjudicado, ya que si gozase de esta calidad se convertiría en coautor.

El peculado debe tener a su vez una característica fundamental en la evidencia de su resultado final que es la incuestionable determinación de un perjuicio económico causado a las arcas públicas, por lo que el desfalco como forma del peculado tiene que ser debidamente configurado por el funcionario público que esta encargado de un servicio para la colectividad; que tenga la responsabilidad de custodiar los bienes patrimoniales de esa institución, y que en tal condición hubiese abusado de esos dineros, efectos o piezas que le fueron encargados en razón de su investidura. Este tipo penal en esta modalidad podría asemejarse al típico delito de abuso de confianza contemplado en el Art. 560 del Código Penal; con la diferencia de que en este

ultimo los recursos pertenecen al patrimonio de un particular y quien lo ejecuta puede ser cualquier sujeto sin que se requiera una calidad determinada.

La figura de la malversación está concentrada a un accionar típico del funcionario público cuando en el ejercicio de una aplicación presupuestaria, utiliza una asignación en otros fines distintos a la misma, acto administrativo que lleva envuelto la deliberada actuación de obtener un provecho personal o de terceros, a través de la ejecución de actos extraños al servicio público o propios de la institución a la que se pertenece. Podríamos ejemplificar esta malversación cuando un director de un hospital público utilice dineros del presupuesto de esa casa de salud para construir una cancha deportiva otorgándole tal adjudicación a un íntimo suyo.

En los capítulos anteriores me he referido a la crisis financiera bancaria que vivo el Ecuador en el año de 1999 la misma que por su alto nivel de conmoción social y un gran impacto a las estructuras económicas, familiares y empresariales del país, obligaron al estamento legislativo a establecer una reforma a la Norma Sustantiva penal del Art. 257, y por ende a otros cuerpos legales que regulaban el accionar de las instituciones financieras, revisiones jurídicas e incorporaciones de nuevas normativas que se introdujeron en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero y la Ley de Reordenamiento económico en el Área Tributario Financiera.

En el Registro Oficial No. 190 del 13 de mayo de 1999, se publicó las Reformas y Derogatorias que afectaron a los cuerpos jurídicos antes referidos, en la que el Art. 19 de esta Ley (99-26); se expresó la reforma al Art. 257 del Código Penal cuyo texto se enuncia:

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

Más allá de cualquier discusión de orden semántico- jurídico, o de la exhaustiva determinación de un tipo penal, que por sus características, sujetos activos; pasivos; y, resultados, la legislación penal ecuatoriana de forma expresa recién conceptualizaba el tipo penal de peculado bancario.

La redacción de esta reforma penal ha generado profundos debates respecto de los elementos constitutivos de este delito, especialmente en la determinación del sujeto activo, ya que en el ejercicio de la funciones bancarias privadas de forma clara se diferencia la relación de servidor, la de funcionario, la de administrador, y los miembros de directorio, que en razón de los estatutos sociales , cada uno de ellos tienen asignados un rol dentro de la actividad y el giro propio de la institución financiera.

Bajo esta óptica, es preciso cuestionarnos si un empleado de una institución bancaria privada comete peculado por haberse dispuesto dineros que le pertenecen a la institución financiera, como sería el caso de un cajero que se guarda en su bolsillo USD. 1000 al momento de determinar su actividad diaria de atención al público en la ventanilla, o cuando a través de un manejo informático accede y registra un falso depósito a la cuenta de un tercero por una cantidad que beneficia a este último.

Igualmente la reforma penal aludida incorporó un agregado al artículo invocado relacionado a los créditos vinculados, porque este fue uno de los métodos con los cuales algunos funcionarios y representante legales de los bancos se sirvieron para distraer en su beneficio los depósitos bancarios del público.

Esta disipación se identificó como el Art. 257 A (**Penas para personas descritas en artículo anterior**) "Serán reprimidos con reclusión de cuatro a ocho años las personas descritas en el artículo anterior que, abusando de sus calidades, hubieren actuado dolosamente para obtener o conceder créditos vinculados, relacionados o intercompañías, violando expresas disposiciones legales respecto de esta clase de operaciones. La misma pena se aplicará a los beneficiarios que dolosamente hayan intervenido para el cometimiento de

este ilícito y a quienes hayan prestado su nombre para beneficio propio o de un tercero”.

La concesión de los créditos bancarios a favor de personas naturales o jurídicas que tenían una relación directa o indirecta como funcionarios de una entidad bancaria otorgante del préstamo, operaciones que en su totalidad no contaban con las garantías obligatorias del caso, y peor aún con los respectivos análisis de riesgo, que debía observarse para su calificación y aprobación, constituyo el modelo propicio para crea ilícitas riquezas en determinados funcionarios financieros, en desmedro de los confiados depositantes.

Desde luego los Consejos de Administración incluido los niveles de Auditoria Interna debieron haber tenido un deber de participación o autoría en algunos casos, y en otros de complicidad, conductas relevantes que se evidenciaron en el resultado fatídico de la crisis bancaria de 1999.

De la redacción de este artículo se determina que todas las categorías de empleados o funcionarios bancarios identificados en esta Norma deben adecuar su conducta en la inobservancia de un deber de actuar que le impone su responsabilidad, ya sea omitiendo información a los entes de control, o colaborando en la perpetración del delito, lo que constituye una evidente violación a su Mandato de acción por que no hace lo que por mandato de la ley está obligado hacer.

La figura del peculado bancario identifica al infractor cuando este teniendo pleno conocimiento de su deber de informar o de denunciar las irregularidades que se comenten en su institución bancaria, omite actuar contra el acto injurídico esto es ocultando los hechos que constituyéndolo delito, o permitiendo que sus superiores sean estos representantes legales, administradores, o miembros de los directorios alteren o modifiquen los registros contables

La esencia de estas reformas están destinadas a precautelar la salud del sistema financiero nacional, y establecer e identificar los bienes que jurídicamente deben estar protegidos en este sistema.

La política de prevención delictiva está encaminada a incentivar la práctica de la lealtad, fidelidad, y la honestidad de todos los servidores del sistema financiero nacional, de tal modo que esta práctica se vea reflejada en la confianza de la ciudadanía hacia los bancos y demás instituciones financieras del país

4.2.- LA TEORÍA DE LA PARTICIPACIÓN EN EL PECULADO BANCARIO A LA LUZ DE LOS ARTÍCULOS 42; 43; 44 Y DEL ARTÍCULO 257 DEL CÓDIGO PENAL

Definitivamente el peculado bancario a la luz de la doctrina penal es una infracción que se encasilla en los delitos especiales ya que se diferencia del delito común porque el sujeto activo debe estar investido en la calidad de funcionario o empleado bancario, de tal forma que solo a través de este la infracción propia de la figura penal referida se la puede considerar entonces bajo su denominación.

En el subtítulo 4.1 analizamos la intervención del sujeto activo del delito objeto de este estudio; por lo que en base a ello podemos ahora determinar que en la teoría de la participación delictiva en el peculado bancario es preciso identificar con plena claridad y con todos los elementos de convicción a la persona que ejerce con voluntad y conciencia todos los actos conducentes a la perpetración de este delito; pero bajo esta línea es indispensable desentrañar en la multiplicidad de actos la intervención de otros actores que estando relacionados con la institución financiera bajo cualquier denominación orgánico funcional colabora para que el delito obtenga su resultado.

En esta teoría de la participación también es importante identificar el hecho antijurídico que lesiona el interés jurídico tutelado, así como también identificar los actos y omisiones que se ejecutaron para obtener el resultado deseado.

La reforma que sufrió el Artículo 257 del Código Penal identifica a los autores de los delitos de peculado bancario, dejando a la sana crítica del juzgador la aplicación de los artículos 42; 43; y, 44 del mismo cuerpo legal antes citado para que al momento de expedir su sentencia en fundamento de las pruebas aportadas en el proceso, se pueda determinar los niveles de participación en el cometimiento del tipo penal referido.

El peculado bancario por su naturaleza, generalmente necesita la intervención de varias personas, en cuya planificación y ejecución se plasman los grados de responsabilidad a través de sus acciones u omisiones.

Los tratadistas en materia penal han ejercitado múltiples ensayos y consecuentemente la elaboración de teorías para determinar el concepto de autor y consecuentemente la de la participación delictiva. Unos se han esforzado para defender la teoría unitaria de autor; otros por la teoría del interés; la teoría subjetiva la teoría del dominio de hecho en la llamada teoría final de la acción.

El jurista Edgardo Roberto Donna en su obra de derecho penal parte general Tomo V, cuando analiza la teoría del hecho en Roxin señala:

“Tal como los autores han citado la exposición de la teoría del hecho de Roxin parte de su ya clásica expresión: “autor es la figura central del proceso de actuación concreto.

Resumidamente se puede afirmar que el dominio del hecho en esta acción típica, que no se pierde ni por la coacción ni por las circunstancias que excluyen la culpabilidad, ni en los casos de instrumentalización de un tercero, ya sea por coacción, error o incapacidad de culpabilidad, y aún en los casos de aparatos de poder. También hay dominio de hecho en los casos de autoría funcional.”
(Donna, 2009, pp.352-353)

He señalado en líneas anteriores que la responsabilidad o la autoría de un delito está en la conducta de quien ejecuta la acción típica es decir el que con

su conciencia y voluntad realiza un hecho, el mismo que se materializa a través de sus actos corporales.

Y la coautoría se debe entender cuando en la ejecución del hecho antijurídico, participan varios sujetos independientemente de los niveles de intervención o grados en la planificación y ejecución del mismo. Sin embargo es importante resaltar que para considerar la coautoría se necesita que todos estos sujetos hayan tomado la decisión para intervenir en la comisión. Es por ello de que el coautor es un sinónimo de autor, independientemente si uno o varios de ellos no tiene la calidad que exige los delitos especiales para considerar como sujetos activos, específicamente en el caso de peculado bancario que debe ser su autor un funcionario de esta institución financiero.

La teoría de la participación en el peculado bancario tiene como fundamento visualizar a los autores, cómplices y encubridores de los actos antijurídicos que atentan al bien jurídico protegido con la incriminación que es el patrimonio del banco tomando en cuenta que esta entidad financiera recepta los depósitos del público quien ha confiado en sus administradores, directores y empleados para asegurarlos y ponerlos a buen recaudo e inversión, y que su mal accionar es repudiado cuando estos pretenden apropiarse o hacer un uso indebido de los mismos.

En el Ecuador como consecuencia de la crisis bancaria de forma taxativa se señaló a los funcionarios, administradores, ejecutivos o empelados de las instituciones del sistema financiero nacional incluyendo a los vocales de los directorios o consejos de administración que hayan contribuido a cualquiera de las formas que requiere la definición del delito de peculado propiamente dicho y descrito en el Artículo 257 del Código Penal.

Bajo estas consideraciones podemos entonces afirmar que el sujeto activo del delito de peculado bancario son los identificados en la reforma al artículo mencionado, por lo que este tipo penal forma parte de los delitos especiales ya que para identificación de su autoría es necesario que dichos sujetos estén revestidos de las calidades antes señaladas.

En concordancia con lo estipulado con el Artículo 42 del Código Penal que señala como autores a los que han perpetrado de manera directa e inmediata la infracción ya sea aconsejando o instigando para que otro lo cometa, la sanción para este sujeto activo la aplicará el Juez de acuerdo a los mínimos y máximos de a pena, valorando los atenuantes o agravantes que circunden el accionar del autor.

El autor de peculado bancario dirige de forma clara su accionar a la generación de un fraude contra la entidad bancaria y por ende al público cuenta ahorrista o cuenta correntista quien mediante argucias, simulación actúa para perjudicar el derecho ajeno ya sea también abusando de esos depósitos o de cualquiera de las formas monetarias o especie que formen parte del patrimonio bancario y que se conviertan en objeto de desfalco o disposición arbitraria para favorecerse o beneficiar a terceros.

La reforma al Artículo 257 del Código Penal incluyó sanción severa para una de las modalidades o formas del cometimiento del peculado bancario, y es así que se establece con penas de reclusión de cuatro a ocho años a los empleados y funcionarios bancarios antes mencionados cuando estos abusando de sus calidades hubiesen actuado dolosamente para obtener o conceder créditos vinculados relacionados o intercompañías. En este caso concreto, esta figura penal le imprime una obligación ineludible a los funcionarios bancarios a abstenerse de ejercitar ese tipo de transacciones bancarias a sabiendas que su aprobación resultarán un grave daño y perjuicio al patrimonio de la institución, so pena de ser sancionados con la pena prevista.

La experiencia bancaria obtenida a raíz de la crisis de 1999, permitió identificar los mecanismos fraudulentos con los que se afectó al bien jurídico protegido por la Ley que es el banco y en otras palabras los fondos del público. Los créditos vinculados fueron uno de las maniobras detestables que con mayor incidencia se dieron en algunas instituciones bancarias, las mismas que al final de cuentas provocaron la hecatombe del sistema financiero nacional.

Las modalidades que se usaron eran las de otorgamientos de datos falsos sobre los montos de activos o pasivos de una persona natural o jurídica, que pretendían ser beneficiarios de un crédito bancario, que con la colaboración directa o la planificación de los funcionarios bancarios se aceptaban avalúos de las garantías reales que no correspondían a la realidad, lo que se pudo comprobar que estas falsedades perjudicaron patrimonialmente a la institución. Esto se lo pudo evidenciar en los famosos créditos vinculados de los cuales los aparentes receptores de los créditos solo fueron simples presta nombres porque en definitiva porque quienes usufructuaron de esas operaciones bancarias fueron los mismos administradores o miembros de los directorios e las instituciones financieras que fueron liquidadas.

Los créditos vinculados fueron planificados y ejecutados por los funcionarios de los bancos ya que en la mayoría de los casos estos intervinieron de forma directa en el otorgamiento de los mismos, cuya característica de dolosa se configuraba a través de las maniobras que alteraban la verdadera naturaleza de las operaciones, así como también las identidades y condiciones socio-económicas de los deudores para lo cual se creaban empresas de papel en las que aparecían como representantes legales los empleados de los propios directores de los bancos, o sus allegados a efectos de encubrir la falsedad y los vicios que entrañaban toda la información.

Estas conductas inmorales son las que obligaron a expresar de forma clara y encuadrar ese accionar en el tipo penal denominado peculado bancario que también lo recoge el Artículo 257.1 del Código Penal.

Para establecer la teoría de la participación en los niveles de la complicidad al tenor de lo que establece el Artículo 43 del Código Penal, se reputaran entonces como cómplices del peculado bancario aquellos sujetos que de forma indirecta y secundaria cooperan en la ejecución del acto punible por medios de actos anteriores o simultáneos.

Bajo esta definición sustantiva se colige que en este accionar hay la decisión férrea y consiente de forma voluntaria de participar en el cometimiento del acto

antijurídico; es decir que el empleado bancario o funcionario de esta institución bajo sus propios designios concuerda y coopera para que el perjuicio económico, se materialice en contra de los recursos del público depositados en la institución financiera.

El segundo inciso del Artículo 43 *ibídem*, expresa un atenuante para el cómplice que desconociendo la intensidad del perjuicio solo cooperó en actos menos graves que el cometido por el autor.

Es importante reafirmar en la práctica penal la defensa del principio de presunción de inocencia más aun cuando en el comportamiento de la relación obrero- patronal de las Instituciones Financieras puedan generarse formas abusivas en la dirección gerencial y el cumplimiento de las decisiones emanadas por los administradores en las que inducen a los empleados de menor nivel jerárquico a ejecutar acciones que colaboren en la perfección de este tipo penal.

La figura de la inducción está relacionada directamente en la motivación dolosa de otra persona a cometer intencionalmente un delito. Esta inducción siempre se le ejerce bajo presión síquica, como puede ser ofrecimientos para promover a estos empleados a otros niveles de administración, aumentos en beneficios salariales; becas de estudio; etcétera lo que incide directamente en la intervención de este sujeto en el delito planeado.

Los mandos medios u operativos de las instituciones financieras en muchas ocasiones son vulnerables a que sobre ellos se ejerza influencia para dirigir su voluntad y de forma subrepticia inducirlos a la meta delictiva que la planifica el autor. No se precisa que el inducido practique actos conducentes a la verificaciones del tipo penal, puesto que la influencia puede estar orientada a que este omita acciones que permitan la perpetración delictiva.

Siendo el peculado bancario un delito de resultado, el inducido solo tendrá responsabilidad penal cuando se ha verificado efectivamente la existencia del delito esto es el perjuicio al patrimonio económico de la institución financiera,

caso contrario es decir no habiendo ingresado a la zona punible que merece sanción, las acciones u omisiones del inducido serán simples tentativas, las cuales no configuran responsabilidad penal alguna.

La teoría de la participación no excluye en el análisis del peculado bancario a los actos de encubrimiento, cuya conducta ilegal se encuentra señalada en el Artículo 44 del Código Penal de manera especial cuando se refiere al comportamiento de determinados funcionarios que estando obligados por razón de su profesión, empleo, arte u oficio a practicar el examen de las señales o huella del delito, o el esclarecimiento del acto punible, ocultando o alterando la verdad, con el propósito de favorecer al delincuente. Esto está íntimamente relacionado al ejercicio que realizan los auditores o funcionarios de los órganos de control de las Instituciones Financieras, que ha sabiendas de su obligación legal y moral faltaren a su ineludible deber.

Los órganos de control como son la Superintendencia de Bancos y Seguros y la Contraloría General del Estado tienen la ineludible obligación de reportar a través de sus exámenes especiales, las inconsistencias, falsedades, alteraciones documentales, de balances etcétera, que formen parte de los hallazgos y que sean el fundamento de presunción de indicios de responsabilidad de penal; caso contrario esta omisión deliberada adecuaría la conducta en el nivel de encubrimiento referido en el Artículo 44 y sancionado en Artículo 257 del Código Penal.

Con los antecedentes señalados, podemos concluir que dentro de la teoría de la participación, el encubridor no ejecuta de forma directa o indirecta acciones para que se cometa la infracción, su comportamiento reprochable es posterior a la perpetración delictiva a efectos de consagrar una impunidad, desde luego profundizar el agravio económico- social del que es víctima los clientes de las entidades financieras.

4.3 LA ACCIÓN PENAL POR PECULADO BANCARIO: LEGALIDAD O IMPROCEDENCIA DEL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD AL SUSTENTAR UN INFORME DEL ORGANO DE CONTROL

La normativa adjetiva penal ecuatoriana otorga el ejercicio de la acción penal en los delitos de acción pública al Fiscal, de conformidad a lo expresado en el Artículo 65; la intervención de la Fiscalía en el delito de peculado bancario es obligatoria durante todas las etapas de este proceso penal.

El proceso penal ecuatoriano al tener por objeto el hecho punible, no puede intentar generar una sustanciación a través de una finalidad genérica ni tampoco tener como objeto el antecedente integro de la persona física, ni la criminalidad al amparo de una persona jurídica. El proceso penal inquisitorio en el Ecuador fue separado de la Constitucionalidad puesto que la Carta Suprema garantiza el respeto al Debido Proceso, la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva a través de la práctica de los principios de inmediación, celeridad.

Los principios de la administración de justicia a la luz de nuestra Constitución en su Artículo 169 determina:

“El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.”

En la circunscripción jurídica invocada, la persecución legal a los autores; cómplices; y, encubridores del delito de peculado bancario tiene que estar apegada indefectiblemente al respeto a las disposiciones constitucionales, y al procedimiento penal que se encuentra expresado en el Código respectivo.

Frente a los vacíos legales, en ocasiones anteriores a la reforma del Artículo 257 del Código Penal y a la expedición de la Resolución de la Corte Nacional de Justicia del 24 de febrero de 2010, se tornaba dubitativo el inicio de la acción penal ante las infracciones de peculado bancario; ya que se evidenciaba

una contraposición de facultades de intervención entre las entidades de control propias para el sector público no financiero como es la Contraloría General del Estado y la Superintendencia de Bancos y Seguros encargada de controlar y regular a las instituciones del sistema financiero y seguros del Ecuador.

Cabe recordar que la Corte Nacional de Justicia al momento de expedir su Resolución de 24 de febrero de 2010 tornó expedita la indagación previa de este delito en manos de la Fiscalía, pero poniéndole un límite en el avance pre procesal; ya que, para iniciar una Instrucción Fiscal se dispuso que la Contraloría General del Estado practique la auditoria gubernamental sobre los hechos objeto de la investigación, y en caso de encontrarse indicios de responsabilidad penal este sería el instrumento de procedibilidad para dar paso a la notificación de esta segunda fase pre procesal llamada Instrucción Fiscal.

La Resolución antes citada englobaba este requisito para todas la entidades públicas, incluyendo a discrecionalidad de la Fiscalía a las instituciones que forman parte del sistema financiero nacional, inconsistencia jurídica que a provocado serio debates respecto de la legalidad de la intervención de la Contraloría General del Estado en las instituciones financieras privadas puesto que ello contraría expresamente a las normas de la Ley de Sistema e Instituciones Financieras que le otorgan a la Superintendencia de Bancos la facultad exclusiva y excluyente para ejercitar las labores del control en todo el sistema financiero del país.

Con ello evidenciado el vacío legal y la notoria yuxtaposición de funciones y lo que es más invadiendo el ámbito de competencia de un ente de control sobre el otro, la Corte Nacional de Justicia expidió una Resolución similar a un Ademdum resolutivo con fecha 10 de noviembre de 2010, en el que su Artículo Único aclara y resuelve:

“Para el ejercicio de las facultades que según la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero le compete a la Superintendencia de Bancos y Seguros, la Fiscalía General del Estado, para el inicio de la acción penal por los delitos financieros, no requerirá ningún informe

adicional, sin perjuicio de ejercer las demás atribuciones que le confiere la ley, cuando conozca, de cualquier manera, de la perpetración de alguna infracción de esta naturaleza.”

El Artículo 42 del Código de Procedimiento Penal faculta a cualquier ciudadano que conociere de la comisión de un delito de acción pública a presentar su denuncia ante el Fiscal competente o a la Policía Judicial, por tanto este precepto adjudica el derecho de cualquier cuenta ahorrista o cuenta correntista de una institución financiera, que en pleno conocimiento y con elementos que orienten una eficaz investigación, requerir la intervención de la Fiscalía para determinar a existencia de un perjuicio económico al patrimonio del banco.

Ya hemos señalado que el Peculado bancario es un delito especial y de resultados. Especial respecto de su autoría, y de resultado por la verificación al perjuicio económico que debe estar técnicamente sustentado.

Bajo esos parámetros la Indagación Previa le permitirá a la Fiscalía General del Estado a través de una denuncia concreta, evacuar y dirigir todo los actos investigativos que conduzcan al esclarecimiento del hecho pesquisado. Dentro de esta fase pre procesal se deberá cumplir con el Artículo Único de la Resolución de la Corte Nacional de Justicia dictada el 10 de noviembre de 2010.

Ahora si, es la Superintendencia de Bancos y Seguros la que en el pleno ejercicio de su facultad de control es la que tiene que practicar el examen especial a las cuentas, operaciones, balances, y demás movimientos propios del giro comercial bancario, que merecen ser investigados para determinar con plena convicción el perjuicio económico, y los indicios de responsabilidad de los funcionarios o empleados que hubiesen intervenido en tales hechos.

Se extiende el requisito de procedibilidad para iniciar la fase investigativa en la comisión del peculado bancario a los sujetos que tienen un interés directo, jurídico y económico dentro de la instituciones financiera; y en este caso son sus mismos clientes, que al ser sujetos de menoscabo o peligro en la

administración de sus dineros son los que tienen que alertar y denunciar a la Fiscalía las irregularidades que merecen ser verificadas.

La aplicación de este ejercicio legal a favor del cliente de la institución financiera permite el establecimiento de políticas de prevención para el cometimiento de delitos financieros así como también que se persiga con más ahínco a quienes de forma inescrupulosa ejercitan hechos reprochables que se encuadran en el tipo penal del peculado bancario.

Por un principio de legalidad, y por respeto a la norma constitucional del derecho de prosecución de inocencia, mientras no exista el respectivo examen de auditoría practicado por la Superintendencia de Bancos y Seguros, donde se detecten indicios del cometimiento de un delito financiero, no se podrá dar paso a la Instrucción Fiscal.

El informe de la auditoría antes referida no puede ser considerado prueba plena de la existencia de la infracción y de la identificación de sus autores, cómplices o encubridores, ya que al ser un acto de carácter administrativo merecerá siempre una revisión en la esfera judicial, para lo cual el Procedimiento penal Ecuatoriano prevé la experticia técnica-financiera a esas operaciones, exámenes que los realizara un Perito debidamente acreditado por el Consejo Nacional de la Judicatura.

En la fase de Instrucción Fiscal practicada la experticia antes mencionada y de ser el caso que sus resultados y conclusiones desvanezcan los indicios de responsabilidad penal a los que arribó la auditoría de la Superintendencia de Bancos y Seguros, la Fiscalía valorará los argumentos y del ser el caso desestimara la denuncia o requerirá al Juez de Garantías Penales la respectiva audiencia de Formulación de Dictamen en la que pedirá que sean llamado a juicios por el delito de peculado bancario a los funcionarios o empleados de la institución financiera investigada así como también a sus cómplices y encubridores.

El hecho factico que sustente el Llamamiento a juicio debe ser la verificación del perjuicio económico que ha sufrido la institución financiera, jamás se podría provocar la contienda judicial en hechos que solo constituyan tentativa.

Es imprescindible que el Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano norme la sustanciación de la acción penal en el caso del delito de peculado bancario, ya que el principio de legalidad para que opere sin objeción alguna la sustanciación procesal, debe estar verificado en la Ley y no en la expresión de una Resolución de la Corte Nacional de Justicia.

4.4.- PROPUESTA DE REFORMA AL ART. 257 DE CÓDIGO PENAL RESPECTO DEL PECULADO BANCARIO

La dinámica de esta investigación impulsa a explorar ensayos dentro de la temática del peculado bancario, que permita no solo reformar el articulado correspondiente en nuestro Código Penal sino que nos permita identificar acciones y resultados de determinadas operaciones o transacciones, y decisiones que conllevan a la perpetración delictiva en el entorno de las instituciones financieras.

Cuando la norma del Artículo 257 del Código Penal incluye en esta figura a los funcionarios, administradores, ejecutivos, empleados miembros de los directorios de las entidades financieras, inmediatamente encuadramos su accionar al hecho antijurídico enmarcado en el abuso, en desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante. Y a continuación en el Artículo 257 A, determina para los sujetos antes mencionados que su accionar sería doloso en la obtención y concesión de créditos vinculados, lo que permite entonces clarificar los hechos que pueden ser objeto de sanción.

Bajo la consideración de la Norma Constitucional contenida en el numeral 3 del Artículo 76 referente a las Garantías Básicas del Derecho al Debido Proceso se determina que:

“3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción

penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.”

Consecuentemente es imperativo que la norma sustantiva penal que tipifica y sanciona el peculado bancario, debe expresar con suficiente claridad los hechos que bajo la valoración jurídica y doctrinaria sean considerados dentro del tipo penal en referencia, ya que cuando se expresa “otra forma semejante” al referirse al desfalco o a la disposición arbitraria, deja abierta una ilegal discrecionalidad a los operadores de justicia y de manera especial al Juez para juzgar y sancionar a ciudadanos por hechos u omisiones cuya conducta no están encuadradas en tales figuras penales.

La disposición constitucional a la que nos hemos referido obliga al legislador a revisar la tipificación del delito de peculado bancario, de tal manera que se evidencie la garantía que otorga el Estado al ciudadano en el goce de los derechos establecidos en la Constitución, con énfasis a lo que determina el numeral 3 del Artículo 11 de la Carta Suprema que reconoce a los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales de derechos humanos como un principio de directa e inmediata aplicación por parte de los servidores judiciales toda vez que los derechos se los reconoce íntegramente en su calidad de justiciable. Consecuentemente en esta trayectoria de principios para el ejercicio de los derechos los Jueces no podrán alegar la falta de la norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento.

La norma del Artículo 257 A del Código Penal, describe como infracción la obtención o concesión de créditos vinculados relacionados o inter compañías, y en el cual se otorga una misma pena a los beneficiarios que hayan intervenido en este cometimiento y a quienes hayan prestado su nombre para beneficio propio de un tercero, lo que equivale a una contradicción a la esencia y doctrina que estudia y a servido de fundamento para identificar al autor, al cómplice y al encubridor; y en tales calidades la Ley le confiere los grados de

responsabilidad con su respectiva sanción; en el presente caso esta disposición esta en contraposición a los Artículos que señalan a las personas responsables de las infracciones en el Código Penal.

La experiencia de las crisis bancarias a nivel internacional nos da la pauta para reconocer otras formas y conductas delictivas, que se encuadran en la tipología del peculado bancario, tomando en cuenta que su autor o sujeto activo son los mismos que están detallados en el Artículo 257 del Código Penal y al que tantas veces nos hemos referido.

Una de esas modalidades se concreta en el otorgamiento de créditos a compañías, empresas o sociedades de cualquier naturaleza, que se estructuran con la finalidad de captar recursos vía créditos, y que estas tienen defectos e incumplimientos en la integración de sus capitales sociales, o bajo la simulación de estados financieros, falsedad ideológica y documental de la cual tiene un conocimiento el funcionario bancario cualquiera que sea su jerarquía administrativa o de representación, y que a sabiendas de ello aprueban líneas de crédito y ordenan la transferencia.

De idéntica forma el otorgamiento de créditos a ciudadanos que no tienen domicilio físico en el país por su condición de extranjeros, y que peor aún no registren antecedentes crediticios en el territorio nacional y que su solicitud de crédito estén desprovista de garantías privadas. El cursar trámite e informes a este tipo de solicitudes para que desemboquen en un desembolso por concepto de crédito, genera ya un perjuicio cuando el patrimonio técnico de la institución bancaria ya se ha visto afectado ante la inexistencia de una garantía que pueda servir para remediar la actitud dolosa de los otorgantes y beneficiarios de este ilegal crédito.

También sería oportuno incluir en el Artículo 257 del Código Penal la actitud antijurídica de los sujetos del peculado bancario cuando en un acto deliberado y concertado, para aparentemente honrar las obligaciones crediticias de un deudor de la institución financiera, generen créditos a nombre de personas naturales o jurídicas que encontrándose en estado de insolvencia, o quiebra

fraudulenta sustituyan en los registros de esa entidad financiera unos activos por otros.

Este accionar si bien parecería encuadrarse en una figura de fraude propiamente dicho, desemboca indefectiblemente en un perjuicio directo al patrimonio de la institución financiera, hecho que es provocado por funcionarios de esta, en el que se evidencia el nexo causal y se concreta el perjuicio patrimonial que es el resultado de este delito.

La insolvencia es reconocida en la doctrina jurídica como la muerte civil de las personas naturales, y en el caso de las personas jurídicas la quiebra, es el sinónimo de la extensión de la partida de defunción de esta. En consecuencia producida una insolvencia o una quiebra respectivamente, el ejercicio de los derechos de las personas en materia civil y más aún en la comercial-bancaria han desaparecido por decisión judicial, por lo tanto conceder créditos a las personas naturales o jurídicas que estén en la interdicción de sus derechos bajo las figuras antes señaladas constituye un perjuicio al patrimonio de la institución financiera, toda vez de que el reconocimiento judicial de la insolvencia o quiebra significa la inexistencia de una capacidad económica para cancelar u honrar el crédito que ha recibido los interdictos.

En los últimos meses, el país fue alertado de la concesión de un crédito a un ciudadano extranjero, que bajo las resoluciones de la Superintendencia de Banco y Seguros, y la reglamentación propia de la institución bancaria que otorgo ese préstamo, determinaba la imposibilidad de convertirlo en sujeto de crédito, primero por la inexistencia de registros y consignación de datos verificables, ausencia de domicilio; ausencia de calidad migratoria que le diera la categoría de residente legalmente establecido en el País; inexistencia de historial crediticio; inexistencia de cuentas bancarias en el Ecuador; falta de provisión de garantías reales privadas; así como también una incompatibilidad por el conflicto de intereses en el que se sustentaba un aparente proyecto de inversión para ser vendido al Estado ecuatoriano, toda vez que ese propósito debería pasar por los filtros de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de

Contratación Pública para que de ser el caso fuere adjudicado al requirente del crédito en mención.

Verificado el perjuicio patrimonial a través de un sinnúmero de hechos que en cadena fueron ejecutados por diferentes funcionarios de esa entidad bancaria, que intervinieron directamente en el otorgamiento de ese crédito obligan a que esta investigación que se realiza, dirija su propuesta a tipificar este accionar en las siguientes consideraciones:

Que los sujetos activos del peculado bancario identificado en el Artículo 257 del Código Penal, que intervengan de forma directa en el proceso reglamentario de calificación; de apertura de cuenta; calificación de riesgo; comités de crédito; aprobaciones en directorio y en todas las fases de la operación crediticia hasta su desembolso, en cuyo accionar omitan de forma deliberada con la intención de causar un daño al patrimonio institucional, omitan o dispongan la omisión de observancia a los Reglamentos de Crédito y Resoluciones de la Superintendencia de Bancos para este objeto; o que a través de acciones fraudulentas se dispongan a modificar los registros para encubrir el propósito claro de la ilegal que conlleva a la afectación del patrimonio económico de la entidad financiera.

Otras formas de ocasionar perjuicio al patrimonio de la entidad financiera es cuando en el proceso de evaluación de la solicitud del crédito, los autores del peculado bancario permitan la circulación de documentación falsa respecto de la capacidad económica del cliente solicitante del crédito; o que con su accionar avale informes falsos de los peritajes de valoración económica que se le realizan a las garantías que sirven para afianzar el crédito.

Este accionar si bien es cierto no está detallado en el Artículo objeto del análisis, ha sido evidenciado en la crisis financiera de 1999, y pese a esta amarga experiencia lamentablemente al momento de expedir la reforma a la norma penal se quedó en el vacío de tipificación que es contrario e inconstitucional de conformidad a lo que establece el numeral 3 del Artículo 76 de la Constitución del Ecuador.

4.5.- PROPUESTA DE REFORMA AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL PARA EL INICIO DE LA INSTRUCCIÓN PENAL EN EL DELITO DE PECULADO BANCARIO

En los subtítulos que antecedieron este análisis se reafirmó que el peculado bancario es un delito especial al igual que el peculado propiamente dicho, ya que su autoría corresponde bajo la óptica legal nacional exclusivamente a una persona que tiene una relación de dependencia laboral, de administración ejecutiva o de directorio de una entidad financiera, y por esta razón la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución dictada el 10 de noviembre de 2010, determino como requisitos de procedibilidad para inicio de la Instrucción Fiscal la existencia de una Informe emitido por la Superintendencia de Bancos y Seguros en el que conste indicios de responsabilidad penal.

Sin embargo hasta la presente fecha esta Resolución, no ha sido elevada a categoría de Ley de la Republica, característica que le permita al espíritu de esta Resolución cumplirla sin resquemor alguno de afectación a los derechos constitucionales a favor de los indagados.

El Artículo 217 del Código de Procedimiento Penal describe el momento pre procesal en el que se debe iniciar la Instrucción Fiscal; y, es justamente cuando el Fiscal cuente con la información necesaria y los fundamentos suficientes para deducir una imputación. Para el caso de presente estudio el fundamento debe ser el informe del Examen Especial con indicios de responsabilidad penal practicad por la Superintendencias de Bancos y Seguros.

Siendo coherente en la estructura jurídico procesal del tipo de delito que es el Peculado bancario y su requisito de procedibilidad para la Instrucción Fiscal, es pertinente que se introduzca después del primer inciso de este Artículo la parte pertinente de la Resolución de la Corte Nacional de Justicia que:

“Art. UNICO.- Para el ejercicio de las facultades que según la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero le compete a la Superintendencia de Bancos y Seguros, la Fiscalía General del Estado,

para el inicio de la acción penal por los delitos financieros, no requerirá ningún informe adicional, sin perjuicio de ejercer las demás atribuciones que le confiere la ley, cuando conozca, de cualquier manera, de la perpetración de alguna infracción de esta naturaleza.”

4.6.- SANCIONES

De la forma como se encuentra estructurado la tipificación y sanción del delito de peculado bancario, en el Artículo 257 del Código Penal, se depende la existencia de contradicciones e incoherencias en la aplicación de las penas a los sujetos intervinientes, ignorando que para la determinación de la sanción se debe observar lo dispuesto en los Artículos 42; 43; y, 44 del mismo cuerpo legal antes referido.

Si bien es cierto que al momento de expedirse la sentencia el Tribunal Juzgador, valorará la prueba de cargo y de descargo, y con los elementos de convicción aportados podrá determinar los grados de responsabilidad de los actores que allanaron la zona delictiva, sin embargo en el Artículo 257 A, se condena con reclusión de cuatro a ocho años a los sujetos referidos en el Artículo anterior cuando estos hayan actuado dolosamente en determinado accionar, a renglón seguido le aplica la misma penal a los beneficiarios que hayan intervenido para el cometimiento de este ilícito, o quienes hayan prestado su nombre para beneficio propio de un tercero.

En esta disposición se rompe el principio de identidad de la Autoría y la Complicidad, por lo que es necesario que este Artículo sea revisado en plena observancia al contenido expreso del Artículo 42 y 43 ibídem al punto de que la seguridad jurídica y la tutela judicial efectiva no se convierta en una Quimera.

Bajo estos antecedentes, se deberá aplicar para el cómplice la mitad de la pena que se les impusiera a los autores del delito en armonía a la disposición contenida en el Artículo 47 del Código Penal.

4.7.- RECOMENDACIONES Y CONCLUSIONES

El Ecuador está consagrado por la Carta Magna como un Estado constitucional de derechos y justicia social y en cuya orientación garantiza el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción.

Mantener la salud de la entidades financieras es una obligación del Estado a través de la expedición de políticas concertadas, socializadas y debidamente publicitadas, mediante los órganos de control constitucionalmente instituidos.

Uno de los objetivos que debe tener el accionar del ente de control financiero es la prevención de la práctica y regulación de las administraciones en las instituciones financieras; cuando nos referimos a la irregularidad este es aquel comportamiento que va en contra de la Ley y las Resoluciones del ente de control.

Ante la horrorosa crisis bancaria que sufrió la población ecuatoriana en 1999, y cuyas secuelas aún están latentes en la cotidianidad de miles de familias de nuestro país, resulta imponderable adecuar la legislación sustantiva y adjetiva penal al mandato expresado en el Artículo 308 de la Constitución de la Republica, en la que taxativamente se define que la actividad financiera es un servicio de orden público, y cuya finalidad fundamental es la de preservar los depósitos.

Este Mandato Supremo lleva implícito la expresión de que las entidades financieras cualquiera sean sus modalidades, no solo que son receptoras de dineros provenientes del sacrificio y trabajo honrado de los habitantes de este país sino que se convierten por Mandato Constitucional y de Ley en los grandes guardianes de la confianza colectiva que a través de todas las transacciones financieras se evidencia que los patrimonios particulares se encuentran en resguardo legal.

Los depósitos económicos que son consecuencia de la confianza puesta de manifiesto por el ciudadano en los bancos o instituciones financieras conforman

una simbiosis de bienes tangibles e intangibles respectivamente lo que llega a estructurar un colectivo de bienes jurídicos a lo cual el Estado está en la obligación de generar la máxima protección y tutela efectiva no solo en la prevención del irregular uso y destino de estos sino también en la garantía del reintegro a los patrimonios particulares y por ende la rigurosa sanción penal en los casos de comprobarse infracciones penales.

La crisis bancaria la que tanto hemos hecho referencia, obligo e inspiro a los Asambleístas Constituyentes de Montecristi en el año 2008, a que se incorporara un Mandato expreso en la Carta Magna la prohibición de congelamiento o la retención arbitraria o generalizada de los fondos o depósitos en las instituciones financieras públicas o privadas.

En el decurso de la investigación realizada en la presente tesis, hemos descrito varias actuaciones que aun simulando el cometimiento de un infracción penal estas se han sumado al tejido repugnante de la delincuencia económica, lo que obliga entonces a insistir en los estamentos legislativos como la Asamblea Nacional y aquellos Órganos que pueden propiciar las reformas legales, a que se exprese sin dubitación alguna de forma clara, meridiana y contundente las figuras del peculado bancario, tomando en cuenta que el inciso final del Artículo 308 de la Constitución de la Republica al prohibir el congelamiento y las retenciones de fondo depositados en el mercado financiero, su incumplimiento debería ser tipificado como delito, toda vez que frente a la ausencia de tipificación, la repetición grosera de esta forma de atracos, daría la posibilidad de crear dudas para su sanción; y, es por eso imprescindible que la norma sustantiva penal cumpla la disposición contenida en el numeral 3 del Artículo 76 de la Carta Suprema que imperativamente señala: “Que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión al momento de cometerse, no este tipificado como infracción penal”.

Cuando revisamos el Artículo 257 del Código Penal y las reformas que se produjeron en el año 1999, no se encuentra expresado como delito financiero-Bancario el congelamiento o retención de fondos.

El interés superior de la protección de los fondos confiados al sistema financiero, subyace en la estructura de todos los mecanismos de prevención, control y sanción que impulsados desde los órganos de control, se han auxiliado interinstitucionalmente con aquellas entidades que por su naturaleza están vinculadas a las actividades financieras en el Ecuador.

Con lo anotado obliga a la sociedad en su conjunto, partiendo de los diversos estamentos de la tribuna de los consumidores, asociaciones de entidades financieras bancarias, cooperativas, mutualistas, gremios de la producción y trabajadores en general, Asamblea Nacional, Órganos de Control de las distintas Superintendencias involucradas en el sector financiero, y las Funciones de Transparencia y Control Social; así como la Función Ejecutiva a impulsar y promover que en el nuevo CÓDIGO PENAL INTEGRAL, la inclusión de definiciones de una correcta política criminal, que permita identificar y expresar en un capítulo propio los delitos financieros, en el que no solo estén insertos los que afectan el patrimonio de las entidades estatales sino también los producidos en el seno mismo de las instituciones financieras privadas.

Se deberá tomar en cuenta que como resultado de la expedición de la actual Constitución de la República y en concordancia al Mandato del Artículo 309, la Asamblea Nacional expidió la Ley de Economía Popular y Solidaria del Sector Financiero Popular y Solidario, publicado en el Registro Oficial No. 444 de 10 de mayo de 2011 y en cuyo Artículo 2 se determina su ámbito de acción, y en su artículo 8 la identificación de los sujetos integrantes de la economía popular y solidaria, de lo que se concluye que estas diversas formas de organización financiera son también las receptoras de los bienes jurídicos que componen el patrimonio y la confianza de los depositantes de sus recursos económicos, por lo tanto la disposición arbitraria, el desfalco, los créditos vinculados o cualquiera de las otras formas expresadas en el Artículo 257 del Código Penal, pueden ser replicadas en estas entidades de la economía popular y solidaria.

Ya el país ha sido testigo de muchos ilícitos cometidos en las cooperativas de ahorro y crédito, de vivienda, transporte o cualquier otra de sus modalidades, accionar antijurídico que ha tenido que ser sancionado forzando la adecuación

de esas conductas a otros tipos penales similares como la estafa, el abuso de confianza y muy lejos de la propia naturaleza del peculado financiero.

En la parte procesal penal también esta investigación concluye a modo de recomendación, que mientras no se reforme el Artículo 224 del Código de Procedimiento Penal, y de la cual ya se habló en el subtítulo anterior es necesario que de forma ágil y oportuna la Corte Nacional de Justicia en Pleno, amplíe reformando la Resolución expedida el 10 de noviembre de 2010 respecto del requisito de procedibilidad para iniciar la Instrucción Fiscal en contra de los investigados por delitos cometidos en las Instituciones pertenecientes al sistema financiero nacional a la luz del informe emitido por la Superintendencia de Bancos y Seguros en el que se concluyan indicios de responsabilidad penal. Pero al haberse expedido la Ley de Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular y Solidario, las cooperativas de ahorro y crédito dejaron de ser parte integrante del sistema financiero privado, y regulado y controlado por la Superintendencia de Bancos y Seguros, radicándose esta competencia en la Superintendencia Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular por lo que, la reforma a esta Resolución deberá expresar que para el inicio de la Instrucción Fiscal por los delitos financieros cometidos en las instituciones de Economía Popular y Solidaria será necesario el informe del examen especial de este ente de control.

La recomendación referida, tiene su fundamento ya que en el inciso final del Artículo 172 de la Ley de Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular determina que cuando la Superintendencia del ramo conozca del cometimiento de alguna infracción penal suscitada en una de sus organizaciones sujetas a su control la deberá poner en conocimiento de la Fiscalía General del Estado; y, no expresa la existencia de un informe concluyente con indicios de responsabilidad penal para que se convierta en el antecedente jurídico o requisito de procedibilidad para el inicio de la Instrucción Fiscal.

Como resultado del estudio realizado al tipo penal del peculado bancario dentro de los delitos de cuello blanco, es vital articular todos los mecanismos de orden administrativo que permitan a las Superintendencias de Bancos y Seguros así como a la de Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular, a no minimizar ningún tipo de accionar ejecutados por empleados y administradores y directores de estos entes financieros. Es necesario también generar bajo la Ley todos los escudos jurídicos que blinden a los empleados o funcionarios de las entidades antes mencionadas cuando en el cumplimiento ético y legal de sus deberes pongan en conocimiento o alerta a las autoridades respectivas sobre las intenciones o ejecuciones de acciones que estén circunscritas en el tipo penal de los delitos financieros.

Las políticas de prevención deben de ser de orden obligatorio a efectos de que el resguardo de los recursos económicos y de la confianza de los depositantes no solo sean un precepto constitucional sino la permanente practica en las operaciones y decisiones que se realizan al interior de las instituciones financieras y de Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular.

La prevención ordenada por mecanismo legal, debe comprender también en la sistemática capacitación de todos los empleados y funcionarios que laboran en las instituciones mencionadas, que sobre ellos sus actuaciones se estructure técnicamente, procedimientos y sistemas eficaces para la prevención y control de delitos financieros.

A modo de conclusión se ha podido comprobar el planteamiento de la hipótesis de esta investigación cuando al finalizar este trabajo ha quedado evidenciado que las resoluciones del 12 de marzo y del 10 de noviembre de 2010 expedida por la Corte Nacional de Justicia, son totalmente diminutas, y rompen el principio de la pirámide jurídica que se encuentra expresada en el Artículo 425 de la Constitución de la Republica, específicamente cuando se debate la procedibilidad del inicio de una Instrucción Fiscal en el delito de peculado bancario, procedibilidad que la fija un órgano no legislativo y en franca contradicción a lo que determina la Constitución de la Republica.

Ha quedado también demostrado en los subtítulos anteriores del capítulo final de esta tesis que la reforma efectuada al Artículo 257 del Código Penal, de fecha 3 de mayo de 1999 es insuficiente, toda vez que el detalle de las conductas antijurídicas de los sujetos activos del peculado bancario se queda corta con las identificaciones que se ha aportado en esta investigación.

Ante el desarrollo y la concreta definición de conducta ilegales que responden a la práctica repugnante en el sector financiero, el país ha creado un escenario de permanente debate respecto de los mecanismo de prevención, control y sanción para los antijurídicos referidos, es por ello que se confirma la hipótesis ante facto orientada al establecimiento de programas de educación para formalizar y viabilizar la práctica de los valores éticos y morales que debe caracterizar a todos los integrantes del sistema financiero nacional y del sector de Economía Popular y Solidaria y del Sector Financiero Popular.

DE LA FUENTE, R. (2005). Delitos Financieros, Teoría y Casos Prácticos, Mexico D.F., Mexico: Editorial Porrúa.

DONNA, E. (2008). Derecho Penal Parte Especial, (2ª ed.). Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores.

GARCIA, J. (1991) El Juicio por el Delito del Peculado, (1ª ed.). Quito, Ecuador: Entorno Legal Ediciones.

GARCIA, R. (2012). Derecho Penal Económico, Tomo I, Buenos Aires, Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores.

GÓMEZ, A., GÓMEZ, C. (2008). Delitos contra la Administración Pública, (3ª ed.). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=3333:la-tipicidad-en-el-delito-de-peculado&catid=50:derecho-penal&Itemid=420

http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=5937:el-delito-de-peculado&catid=50:derecho-penalHERNANDEZ, H. (2001). Los delitos Económicos en la Actividad Financiera, Medellín, Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez.

Law Info, Cuello Blanco <http://resources.lawinfo.com/es/Articulos/crimen-de-cuello-blanco/Federal/delitos-de-cuello-blanco.html> Ley Orgánica de Instituciones del Sistema Financiero, (2010). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, (2011). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Ley Orgánica de Servicio Público, (2009). Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Ley de Economía Popular y Solidaria del Sector Financiero Popular y Solidario. (2011). Quito, Ecuador: <http://www.seps.gob.ec/web/guest/leyes>

Ley 99-26, Decreto 1429. (1999). Quito, Ecuador: R.O. 196.

MIÑO,W. (2008). Breve Historia Bancaria del Ecuador, Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional.

MONSALVE, S. (2009). El Derecho Penal de Los Poderosos Derecho Penal Moderno, Santiago, Chile: Sociedad Metropolitana Ltda.

MORÁN, L. (1999). Legislación Bancaria, Santiago, Chile: Editorial Jurídica Chile.

MORALES CASAS, F. (2003). Fundamentos de la Actividad y los Negocios Bancarios, 2ª ed., Madrid: Jurídica Radar Ediciones.

Paredes. C. (2007). El Delito De Peculado En El Ecuador (Tesis de Maestría). Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, Ecuador

Pariona, R (2011). El delito de Peculado como Delito de Infracción de Deber. (Tesis de Maetría) Universidad de Lima.

PORCELLI, L. (2001). Crisis. Liquidación y Quiebra de Bancos, “Entidades Financieras Privadas. Mendoza: Funcionalidad e Historia de su Regulación” Ediciones Jurídicas Cuyo, E.Matorell director.

QUINTERO, J. (1997). Los Delitos Bancarios seis Ensayos Hermenéuticos Caracas, Venezuela: Paredes Editores S.R.L.

RAZA, S. (2008). El peculado bancario en la crisis financiera de 1998, Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional.

Resolución de 12 de marzo de 2010 de la Corte Nacional de Justicia R.O. 154.

Resolución de 10 de noviembre de 2010 de la Corte Nacional de Justicia. R.O. 336.

SUTHERLAND E. H. (1947). " Principles of criminology" Chicago, E.E.U.U: 4ª. Edición. Lippincott.

Sutherland, E. El delito de cuello blanco

<http://forodelderecho.blogcindario.com/2008/05/00492-el-delito-de-cuello-blanco-edwin-sutherland.html>

Valdivieso, A. (2004). Analisis Jurisprudencial del tipo Penal Peculado.(Tesis de Pregrado) Pontificia Universidad Javeriana.

Villacis, B. (2012). Delito y Discriminación Social en los Medios de Comunicación: Estudio del Tratamiento informativo de los delitos de cuello blanco en el diario El Comercio en los años 2010 y 2011 (Tesis Pregrado).

Sutherland, E. El delito de cuello blanco

<http://forodelderecho.blogcindario.com/2008/05/00492-el-delito-de-cuello-blanco-edwin-sutherland.html>

Zambrano,A. Los llamados delitos de cuello blanco
http://www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/llamados_dcuelloblanco.pdf

ANEXOS