



*Impunidad del delito de peculado en la administración pública ecuatoriana.
Revisión a la normativa establecida en la Constitución de 2008*

*Impunity for the crime of embezzlement in the Ecuadorian public administration.
Review of the regulations established in the Constitution of 2008*

*Impunidade pelo crime de peculato na administração pública equatoriana.
Revisão dos regulamentos estabelecidos na Constituição de 2008*

Darwin Bladimir Zambrano-Palma ¹
Dbzambrano_020@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-5878-7219>

Correspondencia: Dbzambrano_020@hotmail.com

Ciencias Sociales y Políticas
Artículo de Revisión

***Recibido:** 15 de noviembre de 2021 ***Aceptado:** 18 Diciembre de 2021 *** Publicado:** 10 de Enero de 2022

- I. Maestría en derecho constitucional, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales y políticas. Universidad de Guayaquil. Abogado, Consejo de la Judicatura, Foro de abogados, Ecuador.

Resumen

La desviación, malversación o apropiación ilícita de los fondos públicos son algunas de las acciones ejercidas por las personas responsables de la administración pública. Mejor conocido, en el ámbito del derecho, como actos de peculado. Estos actos son catalogados como actos censurables y de corrupción que azotan los sectores estratégicos del Estado, sobre todo, los de administración de fondos públicos. A pesar de que la normativa constitucional del país pretende ser rígida siguen existiendo algunas falencias dentro de este contexto. Vulnerándose de una forma, palpable, algunos los derechos constitucionales; a través de las actividades de los servidores a cargo de los organismos públicos, escapando del debido juzgamiento derivado de las faltas a esos derechos. El Objetivo de la investigación es analizar la impunidad del delito de peculado desde la normativa establecida en la Constitución de 2008. La metodología se basa en el enfoque cualitativo debido a que estudia la problemática, a profundidad, desde el mismo ambiente natural donde se desarrolla. Resultados. La impunidad del delito de peculado se encuentra asociado, principalmente, a las debilidades en la efectiva aplicabilidad de la normativa legal. Conclusiones. La Constitución requiere de reformas que ayuden a subsanar las brechas que favorecen la impunidad del peculado.

Palabras claves: Impunidad; Derecho Constitucional; Servidor Público; Administración Pública

Abstract

Deviation, embezzlement or illicit appropriation of public funds are some of the actions performed by the people in charge of the public administration. Best known within the scope of the law as acts of peculation. These acts are classified as censurable and corruption actions that damage strategic sectors of the State, mainly, public administration funds. Despite the fact that the constitutional regulation pretends to be rigid, there are still some failures inside this context. Injuring, in a palpable way, some of the constitutional laws, through the activities of the servants in charge of public organizations escaping from the proper judgment derived from the misdemeanor to these laws. The aim of the investigation is to analyze the impunity in peculation offense from the established regulation in 2008 constitution. The methodology is based on the qualitative point of view because it studies the problem deeply from the natural environment itself where it happens. Results. The impunity of the peculation offense is related mainly to the weakness in the effective applicability of the legal regulation. Conclusion. The constitution requires some reforms that help mend the breaches that favor the impunity of peculation.

Keywords: impunity; constitutional law; public servant; public administration.

Resumo

O desvio, apropriação indébita ou apropriação ilícita de fundos públicos são algumas das ações praticadas pelos responsáveis pela administração pública. Mais conhecidos, no campo do direito, como atos de peculato. Esses atos são classificados como atos condenáveis e corruptos que assolam os setores estratégicos do Estado, especialmente os de administração de recursos públicos. Apesar de as normas constitucionais do país pretenderem ser rígidas, ainda existem algumas lacunas nesse contexto. Violar de forma palpável alguns direitos constitucionais; por meio da atuação dos servidores encarregados dos órgãos públicos, fugindo do devido julgamento decorrente da violação desses direitos. O objetivo da pesquisa é analisar a impunidade do crime de peculato a partir das normas estabelecidas na Constituição de 2008. A metodologia baseia-se em uma abordagem qualitativa, pois estuda o problema, em profundidade, a partir do mesmo ambiente natural onde ocorre. Resultados. A impunidade do crime de peculato está associada principalmente a fragilidades na efetiva aplicabilidade das normas legais. Conclusões. A Constituição exige reformas que ajudem a preencher as lacunas que favorecem a impunidade por peculato.

Palavras-chave: Impunidade; Direito constitucional; Funcionário público; Administração pública

Introducción

En muchos países, se puede ver como en las actividades de administración pública existe gran cantidad procesos indebidos. Los casos de peculados se han convertido en una práctica muy común, que han reflejado un impacto considerable para el sector socioeconómico. La lucha contra los actos de peculado se encuentra sujetos a una serie de acciones ejercidas por el Estado (governabilidad y rendición de cuenta) (Carrera, Aguilar, & Narváez, 2021). Sin embargo, muchos de los casos pueden llegar a pasar desapercibidos, peor aún, quedar en impunidad. Estos pueden ir, desde disposiciones arbitrarias, desfalcos o cualquier otro caso semejante. Nuestro país no escapa de esta realidad.

Ir en contra de la erradicación de los actos de impunidad ante el peculado, en Ecuador, no ha sido nada fácil. Durante estos procesos se han evidenciado algunas interferencias y contradicciones; generadas por las limitaciones establecidas en la actual Constitución. Con relación a las funciones

y atribuciones de los órganos encargado de ello (Ramos, 2017). En la actualidad, la Carta Magna de 2008 representa el eje central del sistema procesal-judicial. Es aquí, el punto de partida del ordenamiento jurídico, pero ¿qué pasa que no se toma en cuenta este precedente judicial? ¿Por qué existen casos de impunidad de peculado? Quizás el problema se encuentre en el contexto constitucional.

Durante estas últimas décadas Ecuador se ha destacado por ser una nación, especialmente, productiva. Viéndose en la obligación de ampliar, equipar y potenciar la infraestructura del sector público. Promoviendo el desarrollo de diferentes obras, presentes en múltiples concursos de contratación pública y privada. Esto ha dado lugar a la superposición de servidores públicos que realizan acciones que atentan contra los bienes del Estado. Lo que ha causado gran ineficacia en la administración pública.

Existe una lista amplia de los casos que han estado en procesos en Ecuador (caso Odebrecht, Petroecuador, aportes ilegales a la campaña de Alianza País, entre otros). Entre los más resaltante, estos últimos meses, ha sido la actuación de la fiscalía estableciendo la vinculación de un grupo de personas a una investigación por presuntos actos de peculado durante la pandemia del COVID-19 (Fiscalía General del Estado, 2019). Ante esto, es importante analizar un poco esta problemática y reflexionar sobre la forma en que la Constitución sanciona este tipo de falta.

Breves aspectos generales del peculado.

El origen etimológico de la palabra peculado comparte la raíz con el latín *peculatus* (*peculium*) el cual significa dinero o caudal que un individuo o padre deja a su hijo o sirviente para que disponga, con libertad de él. Esta a su vez se construye de la voz *pecus* (ganado) y el sufijo *-ado* (que recibe la acción) (Salinas, Delito del Peculado. Análisis del bien jurídico protegido en este ilícito, 2019). Su origen se constituye en el derecho romano. Por su puesto, las riquezas de esta sociedad se fundamentaban en la gran cantidad de reses y ganado que poseían (riqueza que se mueve por medio de sus pies). Con el tiempo este término se fue ampliando hasta que el *crimis peculatus* se convirtió en el hurto del pueblo romano o todo hurto de dinero público.

Por otro lado, en el ámbito del derecho refiere a la disposición, desfalco o malversación que comete un servidor público en contra de los fondos económicos o materiales de la nación, durante el desarrollo de sus funciones, ya sea para sí mismo o para un tercero (Ochoa, Guamán, Hernández, Ortega, & Castillo, 2021). Es decir, el delito de peculado o la malversación de fondos públicos hacen referencia a la apropiación ilícita de dinero u otro bien perteneciente a la administración

pública del Estado; por parte del servidor público que se encarga de su custodia y control.

También se considera peculado cuando un encargado o funcionario al servicio de una institución pública se apropie de un mueble o fondo económico perteneciente a esa administración (Cuevas, 2016). Ahora bien, en el sentido más jurídico el delito de peculado atiende a la incorrecta manipulación del dinero o efectos confiados a un funcionario responsable de darles el correcto uso o fin, previamente establecido o convenido.

De una u otra forma, las diferentes definiciones coinciden en que el delito de peculado es un acto que se realiza voluntaria y conscientemente. Donde el funcionario dispone de los bienes o fondos económicos del Estado (instituciones públicas o empresas), de manera arbitraria, dolosa. Ya sea para su propio beneficio o de otro. Haciendo uso del poder o control que tiene a razón de su cargo y funciones.

El peculado ha sido un término, aplicado en forma general, para expresar la idea de malversación de fondos públicos. Sin embargo, existe una diversificación en sus formas de tipificación. a) el peculado propio (figura delictiva) funcionario público es el sujeto activo. El que desarrolla la actividad pública como un delito especial propio, en base al cargo que ocupa. b) el peculado impropio: el servidor público no tiene, directamente, el control material de los fondos o bienes.

Lo expuesto en líneas anteriores, lo podemos ver reflejado en las constantes noticias que se manifiestan en los diferentes medios de comunicación. Por su parte, el diario el Comercio ha expresado que un 20% de los casos de corrupción (como el de peculado) reciben prisión preventiva (El Comercio, 2020). ¿Qué pasa con los demás casos? En este sentido, el objetivo de la investigación se encuentra dirigido a realizar un análisis de la impunidad del delito de peculado, desde el contexto constitucional, en los procesos realizados por la administración pública del país. De forma que se pueda identificar la manera en que la impunidad del delito de peculado transgrede las disposiciones constitucionales y legales. Como uno de los problemas constitucionales más difíciles de erradicar y a la que hace frente la jurisprudencia ecuatoriana.

Metodología

La investigación se encuentra enfocada en el análisis de las causas por las cuales quedan impune algunos casos de peculado en la administración pública del país. Desde los aportes de la legislación constitucional ecuatoriana; de manera, que se puedan desarrollar las aseveraciones y conclusiones. A continuación, se describe la metodología utilizada para el desarrollo del trabajo investigativo.

El tipo de estudio aplicado durante el marco metodológico fue de campo-descriptivo con diseño documental. Debido a que se abordan algunos aspectos temáticos y documentales. La investigación de campo permite recolectar y registrar la información y datos de la mano de la muestra seleccionada. Mantiene un enfoque cualitativo. Tal y como lo indica el término, este método de investigación, trata de identificar las cualidades del objeto de estudio, mediante la interacción social (Hernández, Fernández, & Baptista, 2014). Comprendiendo el fenómeno desde la exploración directa del entorno natural y su relación con el contexto. Se apoya en la observación directa y en el análisis de la información obtenida a través de la encuesta. Lo que le permite al investigador fusionarse a las experiencias de los participantes. Y a partir de este punto, formular las conclusiones.

El sistema de búsqueda de la información parte de la importancia de indagar sobre la impunidad de los actos de peculado desde el contexto de estudio; correspondiente al deseo de conocer la realidad para dar respuestas a las interrogantes relacionadas con el tema objeto a investigar. Donde el investigador recolecta los datos desde las perspectivas de las personas que experimentan el fenómeno aplicando una encuesta. Entre las bases de datos consultadas para la obtención de la información documental se encuentran las obtenidas de las herramientas tecnológicas; como las revistas de publicación electrónica (Redalyc, Scielo, Dialnet), algunos textos sobre la normativa legal como lo son: la Constitución de la República del Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, Ley de la Contraloría General del Estado y algunos documentos web.

Procedimiento:

Se identificó y elaboró el marco de acción (investigación) de forma que se pudiera realizar un recorrido céntrico en el desarrollo del análisis jurídico sobre la impunidad del delito de peculado en la administración pública. Con la técnica de análisis de contenido, presente en todo el desarrollo de la investigación; mediante la valoración de los datos recopilados. Los instrumentos utilizados fueron los cuestionarios de encuesta, los cuales permitieron cuantificar y comparar los datos recopilados. Dicha información fue obtenida de una muestra representativa. Para el caso, la encuesta fue aplicada a 3 jueces y 7 abogados en ejercicios de la profesión residentes en el Cantón Guayaquil, Provincia de Guayas. Escogidos a través del muestreo por juicio o intencional; es decir, la muestra fue seleccionada en base al conocimiento y propósito del estudio. También, se realizó una documentación sobre los diferentes casos de peculado en el país, donde se abordó los casos de delitos en la administración pública conocidos a nivel nacional.

Resultados

Breve reseña histórica de los actos de peculado

El delito de peculado no es algo nuevo. En el transcurrir de la historia, desde hace unos tres mil años atrás, se ha venido evidenciando diferentes exposiciones sobre el ilícito de peculado. Como, por ejemplo, en el Código de Manú siendo una de las leyes más antigua, establecida en la humanidad, dedicaba algunos artículos al peculado o concusión, como también se conoce. Así, en el Libro VII sobre la conducta que deben mantener los reyes señalaba como estos eran despojados de sus bienes a consecuencia de sus malas conductas administrativas (García, 2017). Roma lo resalto como el hurto de las cosas bienes del Estado (*peculatus*). Estableciéndose así porque para la época no se encontraba definido el uso del dinero y era la cantidad de animales, la que representaba los bienes más significativos del sector público. En este sentido, el hurto de esta clase de bienes era lo más representativo para la legislación de Roma.

La sociedad siguió desarrollándose y con ello fueron surgiendo diferentes modalidades de este ilícito. Lo que fue aumentando la frecuencia. Incluso los militares del botín guerrero comenzaron a malversar la cantidad de monedas pública que se les autorizaba para su administración. Tipificándose, dicha acción, como un delito de peculado. El derecho romano, no solo consideraba peculado al hurto de fondos o bienes del Estado realizado por el servidor responsable de su administración, sino también a cualquier otra persona distinta.

Tiempo después, se establece el término de peculado propio. Abarcando cualquier valor administrado del arca pública; sin importar, si pertenecía al pueblo romano o no (García, 2017). Esto permitió que el dinero del Estado tuviese una dirección distinta. Esta fue la forma en que, en la antigüedad, Roma estableció los procesos legales para castigar la sustracción del dinero público o cualquier otra cosa que consideraban sagradas, colocando a los reos en compañía de los sacrilegios.

Marco Tulio Cicerón fue uno de los personajes de la historia de Sicilia y Roma, quién tuvo que enfrentar algunas acusaciones por diferentes delitos; entre ellos el de peculado (Paredes, 2019). Fue acusado por otro del mismo rango. Los actos de peculado han tenido cierta evolución que ha ido de la mano del transcurrir del tiempo y que nos han dejado un gran problema en la actualidad. Durante la era prehispánica era castigado con la muerte. En la colonia, las leyes establecidas también penaban a todo el que usurpara los derechos del rey o alguna renta (persona, consejo o universidad). Le confiscaban los bienes que ellos tenían.

Por su parte, el código de 1871 describía el peculado como la distracción dolosa de dinero o cualquier bien del Estado para uso privado. Cometido por una persona que fuese funcionario público o no, si por motivo de su cargo, le fuese entregado para su administración. La sanción consistía en la destitución del empleo. El Código de 1929, hacía mayor énfasis en el abuso de autoridad para definir el delito de peculado; es decir, que cometía tal ilícito todo funcionario que aprovechándose de su autoridad desviara los fondos o bienes de la nación para beneficio propio. La sanción que se le aplicaba era de robo con violencia y, por lo tanto, era destituido del cargo y la imposibilidad de optar por otro.

En las legislaciones modernas, se trata el delito de peculado como un hurto calificado que conlleva a una pena. Estas van desde la reclusión temporal, cárcel o trabajos forzados. Existen algunos antecedentes; cómo, por ejemplo, en Rusia al príncipe Melzichoff le fue comprobado el delito de malversación por lo que tuvo que pagar, no solo una multa de trescientos mil escudos, sino que tuvo que enfrentarse a la pérdida de honores. Por otro lado, el Almirante Aproxon le confiscó todos sus bienes y fue condenado a muerte.

Breves rasgos generales del peculado en Ecuador

La mala administración pública es uno de los síntomas que más aqueja a los gobiernos. Es la principal alarma que indica que algo anda mal. Que la temperatura política se va incrementado a causa de la mala praxis y malversación de los fondos económicos de la sociedad, en manos de los servidores que se encuentran en la obligación de administrarlos con honestidad. En Ecuador, el peculado ha sido el punto neurálgico que más debate ha tenido, como uno de los delitos específicos en contra de la administración (Quintero & Vivar, 2015). Siendo dos temas puntuales los que causan mayor interés: la forma de cómo se configura y como se sanciona. Deviniéndose por las diversas coyunturas políticas que ha vivido el país, el peculado parece haberse convertido en un tema con más inclinación política que jurídica.

En Ecuador, ha sido muy evidente como los puestos de administración pública son, considerablemente, codiciados. Quizás por la posición económica y social que derivan o por el reconocimiento político que se hace notorio. En fin, la verdad es que dichos cargos resultan ser trampolines para muchos desconocidos que carecen de experiencias, de ética e incluso de formación académica. Colocándolos en puestos empresariales importantes o abriéndoles puertas para el comienzo de carreras políticas. Cuando estos cargos deberían ser elegidos por méritos, preparación y trayectoria y no por padrinazgos políticos.

Desde la conformación de la República hasta la actualidad se han establecido una serie de leyes, en su mayoría, heredadas de las leyes españolas determinadas en la época de la colonia y; que todavía, ejercen cierta influencia en nuestra legislación (Quintero & Vivar, 2015). Entre los que se pueden mencionar: el primer Código Penal Ecuatoriano admitido por el Congreso Nacional presidido por el Gral. Juan José Flores (primer presidente del Ecuador) quien enfrentó sanciones, en el primer título, a los delitos en contra de la causa pública. Por parte de Vicente Rocafuerte (segundo presidente del Ecuador). En los títulos sexto y séptimos, de los delitos contra la Hacienda Nacional. Siendo esto puntos que abordan el ilícito del peculado.

Desde este referido contexto, Ecuador ya fue manifestando una importante preocupación por la mala gestión en la administración pública. Redactándose varias disposiciones legales que permitieran precautelar los intereses de la nación, dándole justa sanción a quienes cometían esta clase de ilícitos. El primer Código Penal de 1837 (copia del Código Penal Francés) en su Título Décimo ya se encontraban tipificadas el delito de peculado sobre los Delitos y Culpas Contra la Hacienda Nacional. Posteriormente, en el Código Penal del Ecuador (segundo, instituido en el año 1871) promulgado por el Dr. Gabriel García Moreno (Quintero & Vivar, 2015). Mostraba, de forma reducida, las disposiciones sobre el peculado. Tomando como contexto, el artículo 257. Coincidiendo con el actual Código Penal, concerniente a los Abusos y Concusiones Cometidos por funcionarios Públicos.

El tercer Código Penal establecido en Ecuador en el año 1889; establecido por el Congreso Constitucional, tipifica el peculado en su artículo 256 basado en el mismo modo de redacción que el Código anterior. En 1906 surge el cuarto Código Penal bajo el mandato presidencial del Gral. Eloy Alfaro. Tipificando el peculado en el artículo 225 manteniendo el mismo contenido textual del Código Penal de 1889 (Paredes, 2019) - (Quintero & Vivar, 2015). Es para el año 1938 que se expide el quinto Código Penal en el país. Promulgado por el Gral. Alberto Enrique Gallo. Manteniendo la redacción del anterior, esta vez, abordando el peculado en el artículo 236.

En 1953 se publica un nuevo Código Penal. Ahora es la Comisión Legislativa Permanente quien lo desarrolla, la misma que codificó el Código de Procedimiento Penal en el año 1955. Aquí también se mantiene su contenido, textualmente, del ilícito de peculado. Solo se notan cambios en la numeración del artículo. Luego, se ven aprobados un nuevo Código Penal y de Procedimiento Penal en el año 1960. Abordando, desde el artículo 233 del sustantivo penal y el 346 del adjetivo penal. Desde este documento legal se vuelven a transcribir las disposiciones establecidas en los

Códigos de 1953 y 1955. Pero en esta ocasión, se elimina el inciso tercero, esto se debe a ciertas necesidades de redacción.

El Código Penal de 1971 el delito de peculado se contempla en el Título Tercero “De los delitos en Contra de la Administración Pública”. En 1972 se instala los Tribunales Especiales creando un decreto que contempla el delito de peculado en dos artículos (7 y 11). En 1974 se realizan algunas reformas sucesivas. Sin embargo, en estos mismo años se suprimen estos Tribunales Especiales. Los cambios siguieron y en 1977 se publica la sustitución del artículo 396 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control. Así se fueron estableciendo una cantidad de modificaciones y cambios, hasta llegar al gobierno del Economista Rafael Correa que establece en el artículo 233 de la Constitución de la República de Ecuador, la responsabilidad de todo servidor o servidores públicos, delegados o intermediarios de las instituciones públicas. Lo que significa, que estarán sujetos a las sanciones identificadas para los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito. Lo que derogó la prescripción que se encontraba enmarcada en el Código Penal sobre dichos delitos. En la actualidad, el COIP publicado en el Suplemento de Registro Oficial No 180 del 10 de febrero de 2014, en su Art. 278 tipifica y sanciona el delito de peculado. Cabe señalar, que el mismo también ha sido sometido a varias reformas.

Fundamentación jurídica y relevancia constitucional del delito de peculado

Para ir entendiendo el tema que se está tratando, es necesario hacer referencia al conjunto de normas jurídicas desde la perspectiva constitucional. Aunque existen muchas leyes que toman en cuenta la figura del peculado. Estas normas van desde la Constitución de la República, siendo la Norma Suprema dentro del Estado Constitucional, pasando por diferentes Códigos hasta llegar a varios convenios internacionales.

En la Constitución promulgada en él (2008), el delito de peculado encuentra su cimiento en los artículos: 129 “La Asamblea Nacional de la República podrá proceder al enjuiciamiento [...] en los siguientes casos: [...] numeral 2. “Por delito de concusión, cohecho, peculado o enriquecimiento ilícito. En el artículo 113 “No podrán ser candidatos o candidatas a elección popular” en su numeral 2. “Quienes hayan recibido sentencia condenatoria ejecutoriada por delitos sancionados con reclusión, o por cohecho, enriquecimiento ilícito o peculado”. En el artículo 233 indica que ningún servidor público estará exento por los actos de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones o por sus omisiones y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos. Y se

aplicarán a quienes participen en estos delitos aun cuando no cuenten con las cualidades antes señaladas.

Si bien es cierto, que la Constitución hace referencia a la responsabilidad de los servidores públicos sobre sus actos y omisiones y señala las diferentes instancias a la que pueden llegar dichas responsabilidades el Código Orgánico Integral Penal (2014) refleja un contexto similar, pero con carácter constitucional. Los artículos señalados anteriormente, deberían ser el punto de partida para comenzar a enumerar las disposiciones más fuertes relacionados a los sistemas de control de los delitos de peculado. Esto a consecuencia, a que da paso a que las personas con mayor poder político (presidentes y vicepresidentes) pueden ser juzgados, limitando la impunidad de los actos de peculados cometidos por este tipo de cargos. Sin embargo, siguen existiendo casos de impunidad. Puede considerarse la posibilidad de que el problema de la efectividad de estas normas sea la falta de legisladores afines a la honestidad y apego a la norma constitucional.

Ahora bien, la Constitución a través de su Art. 212, numeral 2 establece la correspondencia de la Contraloría General del Estado en desarrollar los diferentes procesos de auditorías para determinar las responsabilidades administrativas y civiles culposa. Se apoya en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (2002); específicamente en los artículos 29 y 31. Donde se encuentra obligada a controlar los sectores más trascendentales de la administración pública. Abordando todas las fases: la precontractual, contractual y ejecución del contrato incluyendo la administración del mismo. Esto permite que se garantice la efectiva en disponibilidad de los bienes del Estado.

La relevancia constitucional del delito de peculado se refleja en las lesiones que se comenten en contra el bien jurídico. Sin embargo, una vez logrado la regularidad funcional, las correcciones y la eficiencia en los procesos de la administración pública, sobre todo, la fidelidad en la actuación de los servidores públicos pudiera restringirse los actos de peculado. Es importante señalar, que el principal problema no es el hecho de que se afecte el patrimonio del Estado, sino que se vea fracturada la confianza y la potestad que la nación deposita en un servidor público para que administre sus recursos. Y estos no sientan ningún tipo de pudor y actúen con venalidad. Es aquí donde surge la necesidad de reformar las medidas de sanciones, que se hagan más estrictas y severas, porque, aunque los valores sean reintegrados, el delito ya se ha consumado y los daños causados al Estado serán irreparable.

Análisis crítico de la tipicidad del delito de peculado. Problema constitucional de la

normativa

En el momento en que se pretende establecer la tipificación del delito de peculado, el legislador se da cuenta de la gran cantidad de casos que se encontraban impunes. Era este tipo de delito el principal problema que embargaba a las instituciones públicas. Es así que, para poder erradicar, de a poco, tuvo que tipificarlo (Vegas, 2020). Cabe resaltar, que para la Teoría del delito uno de los factores esenciales que constituye la parte estructural del delito en sí, es la tipicidad. Quien adecua la conducta humana con la hipótesis o precepto y sanción descrita por la ley. Ahora bien, la tipicidad opera mediante los factores descriptivos, subjetivos y normativos. Esto le permite delimitar el acto y, posteriormente, atribuir la responsabilidad.

La tipicidad del delito de peculado se encuentra relacionada con el principio de legalidad; es decir, que la Constitución de la República del Ecuador (2008) hace saber de forma expresa en el artículo 76, numeral 3 que “Nadie puede ser juzgado ni sancionado por acto u omisión que, al momento de cometerse, no este tipificado por la ley como infracción penal, administrativo o de cualquier otra naturaleza; ni se aplicará una sanción que no esté prevista en la Constitución o la ley [...]”. Por otra parte, este principio de legalidad abarca, también al COIP y se relaciona con el Código de Procedimiento Penal. En este sentido, el acusado cuenta con la garantía de que solo será juzgado según en lo que la ley se encuentre expresado; es decir, que no existirá el tipo penal si en la ley no se encuentra descrito.

El peculado es un delito que se encuentra previsto en la Carta Magna. Tipificado y sancionado en el Código Orgánico Integral Penal. Se considera un delito propio hasta antes de la actual Constitución; es a partir de esa fecha que los particulares, también pueden ser sujetos activos de esta trasgresión penal. Su tipicidad es algo compleja. Contiene compendios que refieren a un sujeto activo determinado o calificado con cualidades exigidas por la naturaleza jurídica. Como, por ejemplo, la función y proclamación del empleado público (Ramos, 2017). Responsable, a razón de su cargo, de la administración de fondos del Estado. La tipicidad del peculado también hace referencia sobre el bien jurídico, el cual se encuentre bajo protección penal. El mismo puede estar representado por un interés personal que el legislador reconozca con valor especial y que requiere ser penalmente protegido.

En la legislación ecuatoriana el ilícito del peculado se encuentra situado entre aquellos que aquejan su patrimonio nacional desde la administración pública. No obstante, ha sido muy complejo determinar con exactitud todo aquello que engloba la administración pública. Sin intención de

profundizar en este tema, es necesario resaltar que el peculado afecta al patrimonio público, sin embargo, existen otras formas no patrimoniales que pueden afectar ilícitamente la administración pública. Ahora bien, desde la perspectiva patrimonial, la administración pública puede verificarse mediante las actividades de las instituciones del Estado. La acción del peculado pone en riesgo la administración pública, en tanto sus bienes pueden ser manipulados en ciertas actividades mediatizadas por entidades o individuos particulares.

Encuesta

Una vez aplicada la encuesta, se identificaron los resultados a través de la estadística descriptiva. Lo que permitió el desarrollo de los análisis e interpretación de los mismos. En primer lugar, se muestran de forma precisa, las preguntas más significativas de la investigación dirigidas a los jueces y abogados. Tal y como se verifica en la tabla 1 y la tabla 2.

Tabla 1. Resultado de los jueces y abogados encuestados

Descripción	Frecuencia	Índice
¿Conoce usted cuáles son los delitos de peculado en Ecuador?		
Si	10	100%
No	0	
Total	10	
¿Conoce usted cuáles son las instituciones y requisitos fundamentales para dar inicio a una investigación fiscal en el ilícito de peculado?		
Si	10	100%
No	0	
Total	10	
¿Cree usted que existen obstáculos en la normativa constitucional que conllevan a la impunidad del peculado en Ecuador?		
Si	10	100%
No	0	
Total	10	
¿Cree usted que la falta de honestidad y voluntad política contribuyen a que existan casos comprobados de impunidad de actos de peculado en el país?		
Si	10	100%
No	0	
Total	10	

Fuente: Elaboración propia

Analizados los resultados de la encuesta se evidenció que los jueces y abogados de la Provincia de Guayas, cantón Guayaquil manejan los conocimientos requeridos sobre los actos de peculado, las instituciones y requerimientos necesarios para iniciar una investigación fiscal de dicho ilícito. Sin embargo, coinciden que la normativa constitucional presenta obstáculos que pueden beneficiar a la

impunidad. Así como también, la falta de honestidad y voluntad política son algunas situaciones que dan paso a casos de peculados que quedan en impunidad en el país; según los resultados de la tabla 1.

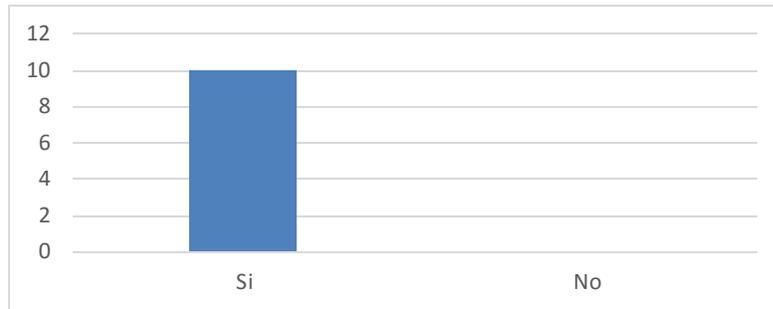


Gráfico 1. ¿Cree usted que existen obstáculos en la normativa constitucional que conllevan a la impunidad del delito de peculado?

Conforme a la encuesta realizada el 100% de los encuestados respondieron que la normativa constitucional actual presenta obstáculos que conllevan a la impunidad del delito de peculado

Tabla 2. Resultados de los jueces y abogados encuestados

Descripción	Frecuencia	Indice
¿Durante su actuación profesional aplica, usted, la constitución?		
Si	10	100%
No	0	
Total	10	
¿Cree usted que los delitos de peculados deben ser sancionados con la pena privativa de libertad?		
Si	10	100%
No	0	
Total	10	
¿Cree usted que en los juicios de peculado se vulneran los derechos señalados en la Constitución?		
Si	10	100%
No	0	
Total	10	
¿Cree usted que la impunidad del peculado afecta los intereses y patrimonio del Estado Ecuatoriano?		
Si	10	100%
No	0	
Total	10	

Fuente: Elaboración propia

Por otro lado, la tabla 2 muestra que los jueces y abogados encuestados aplican la constitución durante sus prácticas profesionales y coinciden al 100% que los delitos de peculados deben ser sancionados con la pena privativa de libertad. Que en los juicios de peculados se vulneran los derechos señalados en la constitución y que dicho ilícito afecta los intereses y patrimonios del Estado ecuatoriano.

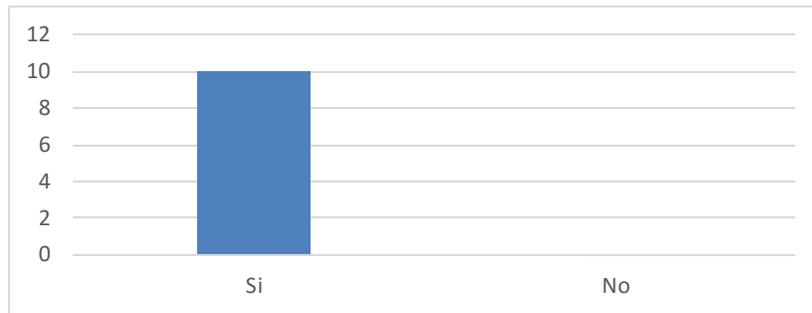


Gráfico 2. ¿Cree usted que en los juicios de peculados se vulneran los derechos señalados en la Constitución?

Conforme a la encuesta realizada el 100% de los encuestados respondieron que en los juicios de peculados se vulneran los derechos señalados en la constitución.

Resultados

Cabe destacar, que durante el desarrollo de la investigación se pudo evidenciar que, en la Constitución de la República del Ecuador de 2008, no solo se divulga y se expresa el derecho a la seguridad jurídica, sino que establece un marco normativo fundamentado en el respeto y apego constitucional. Derivándose de esta, un conjunto de normas jurídicas que deben ser conocidas y aplicadas por los jueces, fiscales y abogados competentes. Siendo la Constitución el eje fundamental del Sistema Judicial, Procesal y Cimentadora del Ordenamiento Jurídico. En ella se encuentran establecidos los conocimientos y lineamientos de varias columnas vertebrales. En este sentido, la eficacia en los procesos de administración de la justicia va a depender de que el juez, fiscal o abogado actúe con certeza y honestidad.

El peculado se encuentra tan arraigado en el ámbito de administración pública que; para los ciudadanos es un acto normal que un servidor público se beneficie ilegalmente durante su gestión, siempre y cuando se vea la construcción de obras públicas.

La falta de voluntad y honestidad política y judicial ejercida por los sujetos activos del ilícito de peculado han si los principales obstáculos que tiene el sistema de justicia al momento de establecer las sanciones ante dicha acción. Esto conforme a lo que se encuentra establecido en la Constitución de la República del Ecuador. Siendo esta ley, la herramienta fundamental en el contexto de la aplicabilidad y el centro de la problemática cuando se hace frente a su desacertado uso. Lo que significa, que si el sistema permite o

fomenta la impunidad a través de las malas decisiones se ha fracasado como Sistema de Justicia.

Según las afirmaciones expresadas mediante las opiniones consultivas; la impunidad del delito en los procesos de administración pública se encuentra, estrechamente, asociada a las debilidades en la efectiva aplicabilidad de la normativa legal. Por lo que es necesario, enmendar algunos componentes y procedimientos tanto del sistema procesal como judicial. Además de fortalecer los mecanismos que se emplean para la selección de funcionarios públicos altamente eficientes. De forma, que se pueda disminuir la participación de individuos que aparentan un éxito profesional simbólico y en realidad están apoyados en influencias políticas. Como, por ejemplo, asesores personales comúnmente utilizados por ministros, contralores, jueces y hasta presidenciales. Cuando por lo general, son este tipo de individuos los responsables de esta clase de delito.

Por otra parte, deben considerarse algunas reformas constitucionales en la manera de sancionar a los sujetos activos que se hubiesen beneficiado de los bienes y del dinero público o que hubiere cometido cualquier delito contra la administración pública. Donde se incluya, explique y enfatice la severidad de la aplicación de la ley. Se requiere revertir por completo, la visión tolerante que se tiene de la coexistencia de los actos de peculado y contrarrestar su impunidad.

Los principales afectados por este delito doloso es la ciudadanía, puesto que el dinero que se desvía para lucrar a terceros pudiera ser empleado en la mejora de los servicios de salud pública, educación, entre otros.

Conclusiones

El peculado ha sido uno de los fenómenos ilícitos que más se ha incrementado en estos últimos años. Y su impunidad, ha ido aumentando desmesuradamente. Afectando y creando gran alarma en la sociedad. Por lo que la legislación actual, promulgadas a tal efecto, han resultado insuficiente para combatir y erradicar dicho ilícito. En consecuencia, se hace urgente que se ajusten los sistemas de represión, vigilancia de los procesos de la administración pública.

Analizados los resultados, la legislación ecuatoriana se ha visto transgredida, en repetidas ocasiones, a través de la institucionalidad de la impunidad de los delitos de peculados que ocurren en los procesos de administración pública. Viéndose burlada la ley cada vez que quedan libres de culpa, los servidores públicos que hacen mal uso de los bienes de la nación. Ecuador, necesita de una herramienta legal que sea más efectiva y de disposiciones más fuertes relacionados a los sistemas de control de los delitos de peculado.

La Constitución de la República del Ecuador del 2008 ha sido una ley de trascendencia continental capaz de dotar a otros países avanzados; sin embargo, requiere de algunas reformas que ayuden a subsanar las brechas que contribuyan a la impunidad del delito de peculado.

Según lo establece la Constitución en su Art. 233 el peculado ha sido declarado como un delito

imprescriptible. En su Art. 211, numeral 2 delega a la Contraloría General del Estado la facultad para determinar la responsabilidad administrativa culposa asociadas con gestiones y aspectos bajo su control. Lo que da a lugar a la supervisión de las instituciones públicas y sancionar los procesos que generen inseguridad pública o ineficiencia en la administración.

La impunidad del peculado, en muchos de los casos, se contextualiza por la ineficiente gestión de los responsables de velar el cumplimiento de la normativa legal. Quedando sin sancionar los servidores públicos que se benefician ilícitamente del dinero del Estado o que violan la correcta marcha de los procesos de la administración pública. Afectando el patrimonio y los fines del Estado.

El sistema de justicia frente a los actos de peculado, no solo depende de los lineamientos y ordenamientos jurídicos establecidos en la Carta Magna, sino también de la eficacia, honestidad y certeza de los jueces, fiscales y abogados para determinar y sancionar responsabilidades administrativas.

Referencias

1. Asamblea Nacional. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Recuperado el 30 de noviembre de 2021, de <https://www.ambiente.gob.ec/>.
2. Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral Penal, COIP*. Recuperado el 22 de diciembre de 2021, de <https://defensa.gob.ec/>: https://defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/03/COIP_feb2018.pdf
3. Carrera, A., Aguilar, M., & Narváez, B. (2021). La Institucionalización de la Lucha Anticorrupción del Estado Ecuatoriano 1997-2019. *Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores*, 8(3), 1-15. doi:<https://doi.org/10.46377/dilemas.v8i3.2667>
4. Congreso Nacional. (2002). *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*. Recuperado el 2021, de <https://www.contraloria.gob.ec/>: <https://www.contraloria.gob.ec/WFDescarga.aspx?id=0&tipo=nor>
5. Cuevas, L. (2016). *Peculado* (2da ed.). Quito: Carrión. Recuperado el 10 de diciembre de 2021
6. El Comercio. (8 de noviembre de 2020). En 8 de cada 10 casos de corrupción no se aplica prisión. pág. 18. Recuperado el 29 de septiemre de 2021
7. Fiscalía General del Estado. (2019). Delitos de Corrupción. *Rev. Científica de Ciencias Jurídicas, Criminología y Seguridad*, 1(26), 1-70. Recuperado el 23 de septiembre de 2021, de <https://www.fiscalia.gob.ec/pdf/politica-criminal/Revista-Corrupcion.pdf>
8. García, J. (2017). Consideraciones Generales acerca del Delito de Peculado. En S. Sylvia, *Temas Penales 3* (1era ed., págs. 136- 139). Quito: Corte Nacional de Justicia. Recuperado el 10 de diciembre de 2021

9. Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, P. (2014). *Metodología de la Investigación* (6ta ed.). D.F: McGraw Hill. Recuperado el 28 de noviembre de 2021
10. Jiménez, Y., & Villacrés, G. (2021). El Derecho a la Resistencia y la Vulneración de los Derechos Constitucionales. *Rev. de Producción, Ciencias e Investigación*, 5(38), 48-59. doi:DOI:10.29018/issn.2588-1000vol5iss38.2021pp48-59
11. Ochoa, C., Guamán, K., Hernández, E., Ortega, A., & Castillo, J. (2021). La aplicación del principio de interculturalidad en las sentencias por el delito de peculado. ¿Discriminación inversa? *Dilemas contemporáneos: educación, política y valores*, 8(3), 1-12. doi:<https://doi.org/10.46377/dilemas.v8i.2692>
12. Paredes, J. (2019). *El Peculado en Ecuador*. Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar. Sede Ecuador, Derecho, Quito. Recuperado el 10 de diciembre de 2021
13. Quintero, E., & Vivar, J. (2015). *El Delito de Peculado Público y Bancario*. Trabajo de maestría, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Sistema de Posgrado, Guayaquil. Recuperado el 13 de diciembre de 2021
14. Ramos, R. (2017). El Derecho Constitucional en Ecuador y Aspectos sobre la Corrupción. *Rev. Chakiña de Ciencias Sociales y Humanidades*, 1(2), 35-46. Recuperado el 30 de noviembre de 2021, de http://scielo.senescyt.gob.ec/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2550-67222017000100035
15. Ramos, R. (2017). El Derecho Constitucional en Ecuador y Aspectos sobre la Corrupción desde lo Penal. *Rev. Chakiñan de Ciencias Sociales y Humanidades*, 1(2), 35-46. Recuperado el 28 de noviembre de 2021, de http://scielo.senescyt.gob.ec/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2550-67222017000100035
16. Roca, L. (2016). *El delito de peculado en España y en Perú* (1era ed.). Lima: Idemsa. Recuperado el 30 de noviembre de 2021
17. Salinas, R. (2016). *El delito de peculado en la legislación, jurisprudencia y doctrina peruana* (2da ed.). Lima: Idemsa. Recuperado el 30 de noviembre de 2021
18. Salinas, R. (2019). Delito del Peculado. Análisis del bien jurídico protegido en este ilícito. *Jurídica*, 1(12), 1-2. Recuperado el 30 de noviembre de 2021, de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/048f7300498dfcfe87fce7a6217c40f1/Delito+de+peculado_Salinas.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=048f7300498dfcfe87fce7a6217c40f1
19. Vegas, F. (2020). *La Falta de Aplicación del Principio de Lesividad en el Delito de Peculado en Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar. Recuperado el 22 de diciembre de 2021