



UNIVERSIDAD DE ESPECIALIDADES ESPÍRITU SANTO  
FACULTAD DE POSTGRADO

**TITULO:**

**Breve análisis sobre la teoría de participación de las personas en el delito de peculado.**

Autores y cómplices.

**Trabajo de titulación previo a obtener el grado de magíster en derecho penal**

**AUTOR:**

ABG. LISSETTE ALICIA GUZMÁN RIVERA

**NOMBRE DEL TUTOR:**

ABG. JUAN CARLOS VIVAR ÁLVAREZ, Msc.

**Samborondón, mayo, 2018**

**Guayaquil, mayo, 2018**

### **APROBACIÓN DE TUTOR**

En mi calidad de tutor de la maestrante abogada Lissette Alicia Guzmán Rivera, quien cursa estudios en el programa de cuarto nivel en la MAESTRÍA DE DERECHO PENAL, dictado en la Facultad de Postgrado de la Universidad de Especialidades Espíritu Santo.

#### **CERTIFICO:**

Que he analizado el *Paper* Académico con el título “BREVE ANALISIS SOBRE LA TEORÍA DE PARTICIPACIÓN DE LAS PERSONAS EN EL DELITO DE PECULADO. AUTORES Y CÓMPLICES”, presentado por la maestrante abogada Lissette Alicia Guzmán Rivera, portadora de la cédula de ciudadanía 0915857940, como requisito previo a optar el grado de MAGÍSTER EN DERECHO PENAL, cumpliendo con los requisitos y méritos tantos académicos como científicos, razón por la cual lo apruebo en su totalidad.

**Abg. VIVAR ÁLVAREZ JUAN CARLOS, Msc.**

**Tutor**

***Dedicatoria***

Dedico esta obra a Dios, mi novio y mi familia que me han brindado su apoyo constante e incondicional, convirtiéndose en el pilar fundamental de mí desarrollo profesional.

**Abg. LISSETTE ALICIA GUZMÁN RIVERA.**

***Breve análisis sobre la teoría de participación de las personas en el delito Peculado.***

*Autores y cómplices*

*Brief analysis on the theory of participation of people in the crime of Peculado. Authors  
and accomplices*

**Lissette Alicia GUZMÁN RIVERA** <sup>1</sup>

**Juan Carlos VIVAR ÁLVAREZ** <sup>2</sup>

**Resumen**

El fin de esta tesina es exponer los criterios necesarios para diferenciar a los autores y cómplices en la participación del delito de peculado acorde a la norma transcrita en el Código Orgánico Integral Penal y los alcances que en esta materia originan los elementos especiales del tipo penal antes descrito, como son la calidad de servidor público y la relación funcional entre el autor y el bien objeto de protección de este delito.

***Palabras claves:*** autores, coautores, cómplices, participación, Código Orgánico Integral Penal y peculado.

**Abstract**

The purpose of this dissertation is to set out the necessary criteria to differentiate the authors and accomplices in the participation of the crime of embezzlement according to the norm transcribed in the Comprehensive Organic Criminal Code and the scope that in this matter originate the special elements of the criminal type before described, as they are the

---

<sup>1</sup> Abogada, Universidad de Guayaquil – Ecuador. E-mail [lissette\\_guzman\\_rivera@hotmail.com](mailto:lissette_guzman_rivera@hotmail.com).

<sup>2</sup> Abogado, Magister en Derecho Procesal, Universidad Católica Santiago de Guayaquil – Ecuador. E mail [jcvivar007@hotmail.com](mailto:jcvivar007@hotmail.com)

quality of public servant and the functional relationship between the author and the object of protection of this crime.

**Keywords:** authors, co-authors, accomplices, participation, Organic Code of Criminal Integral and embezzlement.

## **1.-Introducción**

La esencia de este trabajo es realizar un análisis sobre la diferenciación en los grados de participación en el delito de peculado, de acuerdo a la normativa vigente en la legislación penal ecuatoriana. El tema propuesto busca dilucidar pese a la dificultad que genera de por sí la discusión sobre los parámetros y criterios en los cuales se debe reflexionar para diferenciar entre los diferentes grados de participación existentes en el Código Orgánico Integral Penal en conexión con las características descritas del delito de peculado que constantemente tornan más compleja esta labor, como son la particularidad de servidor público, y la relación entre el bien y el autor.

El inicio del problema propuesto se alecciona con una minúscula reseña histórica del origen del peculado en la antigua Roma, para pasar a explicar sobre las formas de participación en el Código Orgánico Integral Penal. Una vez determinadas las bases para diferenciar entre los diferentes grados de participación, se pasa a explicar las particularidades del delito de peculado, y los efectos que ellas tienen en las figuras de los diferentes grados de participación en el antes mencionado delito.

## **2.-Reseña Histórica.**

Bodero (1996) relata “en Roma, donde ya se conocía este delito, proviniendo etimológicamente la palabra peculado de la voz latina “*peculatus*”, la misma que se deriva de la palabra “*pecus*” que significa ganado” (p. 290). En la antigua Roma se otorgó el nombre de “*peculatus*” al hurto del ganado. La legislación romana de aquellos tiempos consideraban a los animales destinados a ser sacrificados como los bienes muebles más importantes entre los bienes públicos, incluso mucho más importante que el dinero.

[Escriba texto]

El “*peculatus*” se denominó como el sustracción de los bienes muebles pertenecientes al Estado. Siguiendo con la historia romana, el peculado comenzó a tener diferentes modalidades, algunas de las cuales hasta hoy conocemos. Es por esto que se incluyó, dentro del concepto del peculado, la sustracción de metales o monedas de los fondos públicos de Roma, lo cual, como era de esperarse, se convirtió en la manera más común de este delito, y por supuesto la más significativa.

Otras figuras del peculado eran la apropiación indebida cometida por los jefes militares del botín de guerra ganado, o, de una engañosa valoración del mismo para confundir a las autoridades romanas. Igual denominación se daba cuando el funcionario encargado ordenaba acuñar más moneda pública que la autorizada.

Con estos breves antecedentes valdría distinguir a Roma como el génesis donde se originó este delito, el mismo que ha trascendido a través del tiempo hasta conocerlo así hasta la actualidad. Así tenemos que en el Derecho Romano el peculado comprendía los delitos que radicaban en el hurto de dinero, monedas o cosas que eran del erario romano por parte de la persona a cargo de su custodia o administración.

### **3.-Grados de participación en el código orgánico integral penal.**

La normativa penal ecuatoriana en el artículo cuarenta y uno referente a la participación señala que las personas participan en la infracción como autores, coautores o cómplices. En los artículos siguientes del Código Orgánico Integral Penal, específicamente en el art. 42, el mismo que divide a la autoría en tres modalidades: autoría directa, mediata y coautoría.

Como bien lo señala Roxin, el autor es la figura central del acontecer delictivo, ya que es a quien se le realiza la imputación subjetiva más grave, ya que decide libremente la realización del tipo delictivo, lesionador del bien jurídico protegido. Roxin (2000) señala. "el autor es la figura central del acontecer en forma de acción" (p.35). Esta descripción formal es a la que hay que darle contenido, con las delimitaciones del caso en la presente tesina.

El código adjetivo penal delimita a la autoría directa a aquellas personas quienes cometan la infracción de una manera directa e inmediata y a quienes no impidan o procurar que se evite su ejecución teniendo el deber jurídico de hacerlo.

En la autoría directa el individuo perpetra la acción por voluntad propia, sin la colaboración de otras personas. Donna (2002) refiere. "...autor directo o individual es quien elabora por sí mismo la acción típica, aquel cuya conducta es subsumible, sin más, en el tipo de la parte especial" (p. 41).

Bajo estas premisas se determina que el dominio de la acción es incuestionable, siempre que el sujeto actúe con dolo y estén configurados los elementos del tipo. Bacigalupo (1984) precisa. "el que realiza el hecho por sí solo" (p. 500).

Sumamos el pensamiento del ilustre maestro Roxin (2007) que señala. "Actualmente puede prácticamente tenerse por válido, también para la jurisprudencia alemana, que quien ha ejecutado de mano propia y dolosamente el hecho, de todos modos es autor aun cuando ha cometido el hecho por encargo y en interés de otro" (p.464).

En la esfera de la autoría mediata el operante no necesita realizar el acto con sus propias manos y así lo describe el Código Orgánico Integral Penal al describir el accionar del sujeto

[Escriba texto]



activo al señalarlos como quienes instiguen o aconsejen a otra persona para que cometa una infracción, cuando se demuestre que tal acción ha determinado su comisión. García (2014) afirma. “inductor es quien dolosamente ha determinado a otro a la comisión de un hecho antijurídico doloso” (p.395).

Los que dispongan la delegación de una infracción valiéndose de una o varias personas, imputables o no, mediante precio, dádiva, promesa, ofrecimiento, orden o cualquier otro medio fraudulento, directo o indirecto.

Este sería el caso prototipo de la autoría mediata, en el que el hombre de atrás instrumentaliza a quien realiza el acto típico, excepto que en el COIP se considera instrumentalízale también al imputable, expandiéndose y desnaturalizándose el concepto de autor mediato. (García, 2014, pp. 397, 398).

Consecuentemente el que o los que exijan por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, exijan a un tercero a cometer la infracción, aunque no pueda calificarse esta como irresistible a la fuerza empleada con dicho fin. El autor mediato es el hombre de atrás, el cual dirige la ejecución del acto, de modo objetivo, cuando el autor inmediato no puede hacerlo.

En otros términos, lo particular de la autoría mediata es la responsabilidad predominante del autor mediato en virtud de su superior dominio de decisión.

Al instrumento se le dificulta evitar la realización del tipo de un delito doloso de un modo que excluye la imputación, y de este dificultar es responsable el autor mediato. La autoría mediata no es posible en la actuación plenamente delictiva, esto es dolosa y culpable del ejecutor. (Jakobs, 1997, p.763).

[Escriba texto]

Pertenece a la tabla de autores a la coautoría, la misma que determina que son coautores a quienes coadyuven a la ejecución, de un modo principal, actuando deliberada e intencionalmente algún acto sin el cual no habría podido perpetrarse la infracción. Welzel (1956). “la coautoría es cuando el dominio del hecho unitario es común a varias personas” (p. 117).

No es solo autor directo el que realiza materialmente el tipo penal, sino cuando con el concurso anterior de voluntades se agrupan varios para que se lleve a cabo el delito, sea cualquiera la participación que se tome en conjunto para su ejecución y siempre que se esté presente en la misma. (Zavala, 2014, pp. 309, 310).

Forman parte de los coautores a los que conforman parte en la ejecución del hecho, según el acuerdo de los intervinientes, distribuyéndose las acciones necesarias, claras y precisas para llevar a cabo la producción del delito y los elementos de la coautoría serían dos: la decisión común de cometer el hecho y la participación en la delegación a título de autor.

Bajo estos preceptos se determina que el coautor es un autor, adquiriendo todas las características del autor, por eso debe tener el codominio del hecho y las calidades exigidas para el autor, en los delitos especiales, así como los elementos subjetivos del tipo que se requieren en el tipo penal.

Por otra parte, el artículo 43 de la ley penal vigente en el Ecuador, precisa como partícipes a los cómplices, para lo cual determina que responderán como tales a las personas que, en forma dolosa, faciliten o cooperen con actos secundarios, anteriores o

simultáneos a la ejecución de una infracción penal, de tal forma que aun sin esos sucesos, la transgresión se habría cometido.

Dentro de la participación existe el principio de accesibilidad ya que la responsabilidad de los cómplices o partícipes es dependiente de la responsabilidad del autor.

Como autor sólo responde el que, en concreto, toma parte directa en la ejecución del hecho, fuerza o induce directamente a otros a ejecutarlo, o coopera a la ejecución del hecho con un acto sin el cual no se hubiere efectuado. (Zavala, 2014, p.310)

El autor y coautor realizan actos ejecutivos del tipo penal, en contraposición al cómplice que realiza actos que causan perjuicio al bien jurídico protegido de forma indirecta.

#### **4.- Transitorio análisis sobre la teoría del dominio.**

En la teoría del dominio del hecho que ha desplazado a las otras teorías, Claus Roxin considera que el autor tiene el dominio del hecho, sólo puede ser autor de un delito de dominio aquel de quien puede afirmarse que es la figura central del hecho delictivo. Roxin (1998) indica. “El autor es la figura central del acontecer en forma de acción” (p. 42).

El tipo no solo puede ser cumplido por quienes realizan el mismo de propia mano y son plenamente responsables del cumplimiento de todos sus elementos, sino que también puede ser cumplido por quienes en realidad no llevan a cabo un acción típica en sentido formal pero que, a pesar de ello, poseen el dominio del hecho o intervienen en el mismo. (García, 2014, p. 398)

Esta teoría está en los delitos dolosos, donde el dolo está dentro de la tipicidad subjetiva, nos menciona que el autor debe tener la intención de hacer daño con conciencia y voluntad

para cometer el delito y que el partícipe también lo tiene. Se reconocen varias formas del dominio del autor.

Dominio de la acción, es aquella que se identifica con la autoría mediata, es cuando el autor u hombre de atrás se vale de una tercera persona para que cometa el ilícito.

Dominio final del hecho, es llevar a cabo, por medio de un actuar final, la conveniente voluntad de realización -el dolo tipo-.

Por eso falta en el actor inmediato, que obra sin dolo de tipo y es propio del que está detrás, que con dolo de tipo manda a realizar el resultado típico a través de un tercero que obra sin dolo en relación a ese resultado. (Welzel, 1940, p. 84).

Dominio de la voluntad, es cuando a través de una tercera persona el autor mediato u hombre de atrás, busca que cometa un delito a través del engaño, la violencia o la intimidación. Pues esta tercera persona estaría actuando bajo un engaño y sería víctima, por lo tanto no se lo podría imputar por el delito.

Dominio funcional, es aquel que explica el fenómeno de la coautoría, son coautores los que realizan conjuntamente y de mutuo acuerdo el hecho delictivo. Welzel (1940) afirma. “la coautoría se basa sobre el principio de la división del trabajo. Cada coautor complementa con su parte en el hecho la de los demás en la totalidad del delito, por eso también responde por el todo”(p. 90).

Para que exista coautoría será necesario que los intervinientes lleven a cabo todos los elementos del tipo. El artículo 42 del Código Orgánico Integral Penal manifiesta las mismas características del autor según la teoría del hecho. Esta teoría se puede aplicar en el delito de peculado, ya que se basa netamente en los delitos dolosos y se encuentra en el tipo.

Los tipos penales del código penal actual han sido elaborados sobre el dominio del hecho, en los cuales se narra la conducta típica, siendo el autor quien domina el hecho desde un punto de vista subjetivo y objetivo.

En el sentido objetivo porque es autor la figura central del delito y subjetivo porque el actor debe conocer los elementos que permiten el dominio.

### **5.- Elementos del peculado, autoría y participación.**

El servidor público es el sujeto activo calificado y en el delito de peculado uno de los elementos particulares es que es considerado como un delito especial, es decir, quien lo debe cometer es un sujeto activo calificado, que en este caso requiere ser servidor público.

El peculado es un tipo penal especial impropio que se estructura sobre la base de sujetos que deben actuar atribuidos de una cualidad especial, en este caso, funcionarios, servidores públicos o personas a las que se les atribuye el ejercicio de potestad pública (...) y de otros sujetos que, por extensión, el legislador los convierte en autores de otros tipos de peculado que protegen las normas penales prohibitivas de actos de lesividad a recursos patrimoniales específicos, como es el caso del denominado peculado bancario. (Zavala, 2015, p. 80).

La Carta Magna actual define al servidor público en el artículo doscientos veintinueve de la siguiente manera, son 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.

De otro lado, la Constitución de 1998 diferenciaba la calidad de servidores, especificando 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”.

Con lo antes citado, queda absolutamente claro que a partir de la vigencia de la nueva Constitución del 2008, no existe diferencia alguna entre dignatarios, funcionarios o servidores públicos, ya que las tres denominaciones están consideradas a la presente fecha como servidores públicos. (Farfán, 2009, p.53)

Como se aprecia en la Constitución de 2008 se incluyen a los funcionarios vinculados al Estado por elección popular, por concurso para acceder a la carrera administrativa, por libre nombramiento y remoción, por contrato laboral como en el caso de los trabajadores oficiales y a todos los particulares que ejerzan función pública de forma temporal o permanente.

Bajo esta premisa, el Estado al delegar en un particular una función pública y este administrará recursos públicos, y conforma un equipo de trabajo por personas particulares, estos podrán responder como servidores públicos, y consecuentemente podrán responder por el delito de peculado, cuando un bien del Estado este bajo su administración, tenencia o custodia en el ejercicio de una función pública.

Este enfoque genera sin duda el delineamiento de los servidores públicos, pues administrar recursos públicos es considerado una función pública y por esta razón, todo particular que administre recursos públicos sería un funcionario público y podría incurrir en el delito de peculado, cuando se apropie de recursos del Estado.

Así funcionarios de las empresas contratistas de obras, funcionarios de las empresas prestadoras de salud, funcionarios de las empresas concesionarias y funcionarios de entidades que ejercen alguna función pública, como las cámaras de comercio y las notarías que recaudan tasas e impuestos, terminarían respondiendo por el delito de peculado cuando se apropien de los recursos públicos que se encuentren bajo su administración, tenencia o custodia.

Es necesario incluir dentro de lo analizado dos situaciones muy importantes que demarcan también la autoría en el delito de peculado. La primera, establecer que los recursos apropiados, en efecto, sí sean recursos públicos, pues de lo contrario no se podría configurar el delito de peculado. Para esto se debe partir de que a las empresas contratistas con el Estado, a los funcionarios que manejen fondos del Estado o que tengan una potestad estatal a las que se les ha asignado la administración de recursos públicos o que cuenten con recursos privados, al apropiarse de bienes muebles o inmuebles o dineros públicos o privados cometen el delito de peculado.

De otro orden hay que diferenciar las empresas que manejan tanto recursos públicos como recursos privados e implementar una metodología para diferenciar unos de otros. Por regla general se debería aplicar la separación de las cuentas y de los procesos, asignando claramente su administración a personas determinadas.

Igualmente, se debe también delinear un sistema que permita a la empresa determinar claramente cuáles son las utilidades que produce la administración de los recursos públicos, y cuáles las que producen los recursos privados, evitando con ello confusiones. La implementación de estas metodologías son trascendentales porque permiten determinar la

[Escriba texto]

naturaleza jurídica de los recursos, y en caso de apropiación o desviación de los recursos públicos poder fácilmente imputar el delito de peculado.

Existe un abanico de delitos propios cometidos por personas que ocupan determinados cargos o funciones públicas, en quienes el Estado ha depositado la confianza en el buen manejo de sus negocios, estos sujetos abusando del cargo se apropian de los dineros públicos –peculado-, o les dan un destino no autorizado –malversación-, o dolosamente permiten un dispendio en el manejo de los dineros públicos que ocasionan un faltante en el momento de la rendición de cuentas –desfalco-. (Zambrano, 2009, p.218)

El segundo aspecto de la autoría en el delito de peculado, tiene que ver mucho con lo anterior, y se basa en el conocimiento que debe tener el sujeto activo de que se está apropiando de un recurso público. Ello hace referencia a un conocimiento especial que califica el dolo del autor, pues en el delito de peculado no basta con que la persona sea consciente de que se está apropiando de cosa mueble ajena, sino que es necesario que sea plenamente consciente de que esa cosa mueble ajena que se apropia tiene naturaleza jurídica de recurso público.

Cabe remarcar que quien no tiene la calidad de representante legal de hecho o de derecho, pero conoce que se está apropiando de recursos públicos que le fueron encargados en calidad de administración fiduciaria, debido al conocimiento especial sabe que no realiza el delito de administración desleal en contra de los intereses particulares de los socios sino en contra de recursos del Estado. Por este conocimiento especial, precisamente, el sujeto deberá responder por el tipo penal más especial, esto es, el delito de abuso de confianza, por abusar de funciones discernidas, reconocidas o confiadas por autoridad pública.



## **6.- La relación funcional entre el autor y los bienes protegidos por el delito de peculado.**

Para enfocar el análisis de este elemento de la relación funcional se parte de dos supuestos: el primero tiene que ver con la asignación de la función de administrar, tener o custodiar un bien del Estado o de particulares en ejercicio de dicha función; el segundo se relaciona con la función de disponer de dichos recursos. Es menester para efectos prácticos diferenciar estas dos funciones, a pesar de que ambas se encuentran abarcadas por el diccionario de la lengua española dentro de la acción de administrar, que implica tanto las funciones de tenencia como las de disposición.

Administrar es expresión amplia que indica utilización, empleo o inversión, pero además implica cuidado y custodia; al referirnos a la administración de bienes públicos, tal actividad puede comprender la tenencia directa de los bienes como pueden ser los casos del recaudador, el pagador o el custodio. Pero además el término comprende las facultades de disposición, el contacto jurídico con el bien, como es la situación del ordenador del gasto. (Pabón, 2011, p. 905).

En la ocupación de tenencia o custodia, a un funcionario le asignan unos elementos de trabajo —un vehículo por ejemplo—, y tal asignación se realiza a través de un inventario de bienes; si el funcionario se apropia de dichos bienes comete el delito de peculado. En el caso de la función de disposición la situación cambia bastante, porque el funcionario tiene facultades para transferir el dominio de dichos bienes a otras personas, pero se encuentra limitado por un procedimiento legal: una asignación presupuestal, una necesidad del servicio, una apropiación presupuestal, y además debe agotar un procedimiento para

[Escriba texto]

disponer de dicho bien, en el que deben intervenir varias personas. Por esta razón, cuando se trata de un peculado por apropiación en una acción de disposición de los bienes, la imputación es más compleja, como se verá en la siguiente sección de este artículo.

Comencemos con el primer problema: cómo se debe asignar la función de administración, tenencia o custodia de un bien a un funcionario, para que se le pueda imputar el delito de peculado. La relación funcional desata una discusión sobre el alcance de la expresión “que estén en su poder en virtud o razón de su cargo”, que trae el Código Orgánico Integral Penal.

Recordando que una cosa es el cargo y otra muy distinta las funciones propias o inherentes al mismo, hemos de decir que, en sede del peculado, la entrega de tales bienes al servidor público ha de haberse efectuado o por razón de las funciones a este último confiadas o con ocasión de las mismas, pero de ninguna manera por fuera de ellas, porque entonces el hecho cambiaría de denominación. La entrega será por razón de las funciones, cuando es precisamente de resorte del funcionario encargarse de la administración, tenencia o custodia física o jurídica de tales bienes; y será en razón de las funciones, cuando no siendo esa la función propia, esencial o fundamental del servidor, ella se desprende de lo que ordinariamente le compete hacer. (Molina, 2005, p. 93)

De otro orden también se analiza desde otra perspectiva, esta es en función de que la entrega del bien al funcionario provenga de la ley o del acto administrativo, lo real del caso es que no basta con que esa relación sea meramente material, debiendo existir un vínculo jurídico entre tales extremos (agente delictual y objeto material), así, que si el servidor público se apropia de unos bienes sobre los cuales detenta una mera relación de hecho o

material, surgida del ejercicio del cargo y no de la función, no se estructurará un hecho punible contra la administración pública sino, a lo máximo, contra el patrimonio económico.

Con lo expuesto estamos en un punto de inflexión entre estas dos tesis extremas: una, que cabría llamar amplia, conforme a la cual bastaría con la simple relación material entre el agente y el objeto, para que la apropiación que verificara el primero sobre el segundo estructurase un peculado, pese a que dicha custodia o administración no hubiese sido adscrita en forma inequívoca por la ley; y la otra, que podríamos denominar estricta o restringida, con sujeción a la cual se postula que no basta con tal relación de hecho, siendo menester la vinculación jurídica entre sujeto y objeto (sujeto activo y objeto material).

Según lo explicado por Molina Arrubla, sobre el tema del vínculo funcional requerido en el delito de peculado existen ambas vertientes. La una que va por el camino de la tesis formal según la cual las funciones de administración, tenencia o custodia sobre el bien deben estar asignadas al funcionario por la ley, concibiendo a la ley en sentido amplio, en la cual se incluyen los actos administrativos. Y la segunda que se direcciona por una tesis material que considera que puede configurarse el peculado sin necesidad de una asignación rígida de la función de administración, tenencia o custodia del bien al funcionario, bastando solo la tenencia material para configurar una relación funcional.

La postura más idónea para entender el contenido de la relación funcional es la primera, pues el derecho administrativo no admite ni las analogías ni la costumbre para la asignación de competencias a un funcionario público; es más, la legislación prohíbe que un funcionario realice funciones que no estén asignadas previamente en la ley. Lo más conveniente, desde

[Escriba texto]

del principio de legalidad que rige en el derecho administrativo y en el derecho penal, es entender la expresión “que estén en su poder en virtud o razón de su cargo”, en el sentido de que el bien se encuentre bajo la administración, tenencia o custodia del funcionario mediante una asignación previa establecida por la ley, entendiendo que la ley comprende el acto de nombramiento, el manual de funciones y el inventario sobre los bienes que se encuentran bajo su cargo. Además de ello, habrá que entender que la expresión “que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado” implica que al funcionario a través de un acto de delegación legítimo (un acto administrativo) le asignaron la administración, tenencia o custodia sobre determinados bienes que inicialmente no se encontraban dentro de sus funciones.

Es cierto que resulta casi imposible que las funciones de todos los empleados que constituyen la administración pública puedan estar detalladas de manera minuciosa por normas o reglamentos; pero lo que sí es cierto es que por mandato constitucional cada empleado oficial debe tener una función fundamental, clara, dentro de su respectivo ámbito, en forma tal que si bien es cierto que no puede establecer una tabla absolutamente detallada de lo que debe hacer, por lo menos sí debe existir claridad tal que permita identificar su función dentro de la administración. De lo contrario sería imposible saber cuándo existe, por ejemplo, “usurpación de funciones”, “delitos de responsabilidad”, “exceso en los deberes”, etc.; y se crearía una verdadera anarquía en la administración, ya que por costumbres más o menos reiteradas se intercambiarían funciones caprichosamente. Si, en un momento determinado, existe norma que faculta a un superior para asignar ciertas funciones al inferior, ello no implica que ese superior pueda modificar la filosofía de esta funcionalidad y desnaturalizarla o desviarla. Siempre habrá esas posibilidades de extensión,

[Escriba texto]

pero, por una parte, la fuente es la misma ley que autoriza y no el caprichoso costumbrismo, y por la otra, esa autorización está limitada por un principio de respeto hacia la original naturaleza de la función. (Cancino, 1983, pp. 100-101).

También se puede considerar que la disponibilidad jurídica debe darse de dos formas: inmediata, que es cuando el sujeto activo tiene materialmente los bienes, y mediata cuando el sujeto activo tiene el poder de ordenar realizar actos de disposición a quienes tienen la administración material de los bienes. Esa disponibilidad jurídica se debe limitar a los deberes específicos del cargo, y evitar acudir a los deberes generales que terminarían por producir resultados injustos.

Recapitulando, es suficiente la disponibilidad de los bienes, así sea por interpuesta persona, siempre y cuando ello aparezca como una consecuencia directa de la función jurídica desempeñada por el agente delictual, para que pueda predicarse la disponibilidad de los bienes por parte suya. Evidentemente, lo que se incrimina es el fraude cometido por razón de los deberes propios y no el fraude por razón de una función pública general, como que, por ejemplo, si el Presidente de la República se hiciera responsable, de todas las acciones u omisiones punibles en el campo de los delitos contra el Patrimonio Público, patentizadas por parte de sus subalternos quienes sí tienen la disponibilidad material, inmediata, sobre tales bienes.

Visto así, se debe razonar que perpetran el delito de peculado aquellos funcionarios que previamente tengan asignados, a través de la ley o actos administrativos concretos, la administración, tenencia o custodia de determinados bienes del Estado o de particulares, o que no teniéndolos inicialmente les fueron asignados con ocasión de sus funciones, esto es,

[Escriba texto]

a través de un acto administrativo de delegación legítimo por un superior o una autoridad competente, que tuviera inicialmente la titularidad de dicha función. De no presentarse alguno de estos dos casos, se podría afirmar que el funcionario no estaría cometiendo un delito de peculado, sino un delito contra el patrimonio económico.

El resultado de todo lo anteriormente descrito en la autoría y participación, es que solo aquel funcionario al que se le haya asignado directamente por la ley o por un acto administrativo, o indirectamente a través de un acto de delegación legítimo, la administración, tenencia o custodia sobre un bien del Estado, podrá ser autor del delito de peculado; los demás que participen con el autor, que no tengan dicha relación funcional con los bienes, incluso siendo funcionarios públicos, deberán ser tratados como intervinientes si tienen el dominio funcional sobre el hecho, y los que no tengan tal dominio deberán ser tratados como cómplices o determinadores, según el caso.

### **7.-De la disponibilidad jurídica y material del bien.**

En la cuestión de la función de disposición de los bienes del Estado, que son aquellos en los que un funcionario público tiene la función de disponer del gasto, esto es, la posibilidad de transferir los recursos públicos a otras personas, previo el cumplimiento del procedimiento y unos requisitos legales, en tales casos la imputación del delito de peculado se extiende a todos los funcionarios que participan en la elaboración de dicho acto complejo.

La teoría compleja de la disponibilidad jurídica sobre el presupuesto aceptada pacíficamente por la doctrina y la jurisprudencia, implica que no solo el funcionario asignado del gasto puede ser autor de peculado por apropiación, sino también el titular de la

iniciativa en materia de gasto, y otros funcionarios como por ejemplo el auditor, el pagador, siempre que hubieren tenido el deber de actuar en algún eslabón del acto complejo y que hubiesen sustituido por su voluntad dolosa los postulados de la Ley, decreto, resolución, reglamento, manual de funciones, procedimientos institucionalizados no escritos, etc., que contemplen tal deber.

No se debe confundir la disponibilidad material o física sobre el presupuesto y la posibilidad que puede recaer en un funcionario exclusivo y determinado, como el encargado del gasto entre otros, con la disponibilidad jurídica del mismo, pues este concepto amplio no solo involucra a los anteriores sino que se extiende a todos aquellos que deben intervenir de manera imprescindible para que el compromiso de la erogación nazca a la vida jurídica.

Ahora bien, se deben revalidar los criterios ya señalados de la legislación ecuatoriana, para diferenciar entre autores y partícipes en el delito de peculado. Por tanto, no es cierto que todo aquel que participe en el acto administrativo complejo que dispone de un recurso público debe responder como coautor, pues esa afirmación no se compadece con los criterios que ya hemos trabajado y que debemos utilizar para diferenciar entre autores y partícipes.

A manera de ejemplo podemos decir, que una entidad estatal demanda contratar a una persona a través de un contrato de prestación de servicios; para ello debe haber la vacante para contratar; posteriormente se debe analizar la disponibilidad presupuestal que ratifique que la entidad sí tiene el presupuesto para contratar; luego debe generarse esa partida presupuestaria por parte de la administración, para que los recursos queden comprometidos

al cumplimiento de esa obligación; por su parte, talento humano debe comprobar que el candidato cumpla con los requisitos para el cargo; una vez hecho esto, el asesor jurídico debe confeccionar el contrato para que, por último, lo firmen la autoridad competente de la entidad y el candidato. Para los efectos legales, en el contrato se designa un fiscalizador para que vigile y controle el cumplimiento del trabajo del contratista, de forma que una vez el contratista presente el informe de gestión es el fiscalizador quien debe aprobarlo; luego de ello el contratista deberá pasar a pagaduría una liquidación de gastos, anexando los soportes correspondientes. Pagaduría analiza si la liquidación de gastos reúne todos los requisitos para ser cancelada, y de no haber ninguna anomalía genera su partida e incluirla dentro del plan de pagos mensual, para que el director de la entidad de su aprobación. El director, dentro de sus atribuciones autoriza el pago, previa revisión de los documentos habilitantes para el pago y lo; los recursos los cancela pagaduría de las cuentas de la entidad, a través de cheques o giros electrónicos.

En el asunto expuesto existen muchas variantes para aplicar un delito de peculado. Por ejemplo, si el contratista no cumple con su trabajo o lo realiza de forma defectuosa, pero se pone de acuerdo con el fiscalizador para que este apruebe el informe de gestión de todas formas, una vez aprobado pasa la cuenta de cobro respectiva, que es posteriormente pagada. La respuesta penal al caso anterior debe darse de la siguiente manera: el contratista, de conformidad con la Ley penal se equipara a un servidor público, razón por la cual se apropiaría de recursos públicos, y el fiscalizador, que también es un servidor público, estaría permitiendo que otro se apropie de tales recursos. El problema con esto es que el contratista no tiene bajo su responsabilidad la administración, custodia o tenencia de los recursos públicos de los que se está apropiando, pero con su conducta busca recibir el pago

[Escriba texto]



de un trabajo que no ha realizado. Sin embargo, sí tiene un deber funcional sobre los recursos que está cobrando: actuar legalmente y cumplir con sus obligaciones contractuales, de tal forma que con su conducta no genere una apropiación indebida de recursos públicos; este deber se concreta en no cobrar hasta haber cumplido las condiciones establecidas en el contrato. De esta manera, en el caso del contratista, el deber de no cobrar cuando no se cumplan las condiciones del contrato se asimilaría a la del funcionario encargado del gasto, de no pagar hasta que no se cumplan las condiciones del contrato, concretando así un deber de administración y custodia sobre los recursos públicos que debe cobrar. El fiscalizador, por su parte, tiene una función de control y vigilancia sobre el pago de un trabajo, y la de evitar la apropiación de los recursos por parte del contratista; su deber, entonces, se concreta en confirmar que el contratista cumplió con las condiciones contractuales, que es la condición principal para proceder al pago. Así las cosas, el fiscalizador tendría un deber de custodia sobre el pago de los recursos públicos, de conformidad con las obligaciones contractuales. En consecuencia, desde el punto de vista de la imputación objetiva, ambos crean un riesgo jurídicamente desaprobado, pues uno infringe sus obligaciones contractuales y el otro incumple sus obligaciones de control y vigilancia sobre el cumplimiento de dichas obligaciones, que posteriormente se concretan en el resultado de apropiación ilícita de los recursos públicos.

De esta forma, se plantearía la coautoría de un delito de peculado entre el fiscalizador y el contratista, pues para que se configure la apropiación se requiere que el contratista presente el informe de gestión falso, que el fiscalizador lo apruebe, y que luego el contratista presente la cuenta de cobro con todos los soportes, para que pagaduría lo incluya dentro del plan de pagos que le va a presentar al director de la entidad. En el caso planteado

[Escriba texto]

se puede verificar que entre el contratista y el fiscalizador existió un acuerdo previo, una división de trabajo, y que debido a la importancia de los aportes que hicieron ambos al hecho punible, los dos tienen el dominio funcional del hecho; que los aportes fueron realizados en la etapa ejecutiva del acto; que ni el director que aprueba el pago ni el pagador que gira posteriormente los recursos podrían responder por el delito de peculado doloso, porque a pesar de haber intervenido en el acto complejo de la disposición no tenían ni el conocimiento de que el contratista había incumplido con su trabajo, ni que el fiscalizador mintió al aprobar el informe de gestión, por esta razón, tanto al director como al pagador se les debe aplicar el principio de confianza para excluirlos de responsabilidad penal, porque es claro que confiaban en que tanto el contratista como el interventor actuaron legalmente.

Igualmente, desde la figura de la coautoría, ni el director ni el pagador pueden ser coautores a pesar de participar en el acto complejo de disposición, pues no participaron en el acuerdo común para la realización de la conducta punible. Además, hay que darle aplicación a la teoría de la autoría mediata, según la cual son autores mediatos del delito de peculado el contratista y el fiscalizador, mientras que el director y el tesorero fueron meros instrumentos, y por tanto no responderían por el delito de peculado doloso.

De esta forma, queda claro que no es cierto que todos los que intervienen en el acto de disposición de los recursos públicos sean responsables del delito de peculado, pues de acuerdo con las reglas de la imputación objetiva y subjetiva de un hecho punible es posible encontrar criterios de exclusión de responsabilidad.

Ahora bien, para terminar con las diferentes variables del caso, se puede decir que el director y el pagador podrían responder dolosamente como coautores solo si se prueba que existió acuerdo previo con los demás coautores del delito, pues no basta con afirmar que han debido saber o debieron conocer de los hechos, porque estos argumentos solo podrían fundamentar, si acaso, una responsabilidad culposa del director y el pagador. Distinto sería si de presentarse un hecho evidente de incumplimiento por parte del contratista, como que este fuera contratado para remodelar una oficina de la entidad, y a pesar de que todos, incluido el director, se pudieron dar cuenta que no inició ninguna obra en la oficina, se ordenara el pago por un trabajo que no realizó. Solo en estos eventos el director y el pagador responderían, cada uno, como autor accesorio de un delito de peculado culposo, pues al no existir acuerdo previo es imposible hablar de coautoría, y solo si se puede romper el principio de confianza y afirmar que no fueron diligentes, y no revisaron la veracidad del informe de gestión del contratista y de la aprobación del fiscalizador, a pesar de que se tenían serios indicios de su incumplimiento y del actuar fraudulento. Precisamente sobre este punto ha surgido una posición según la cual, el servidor público que administra recursos públicos tiene una posición de garante sobre ellos, y por tanto no le es aplicable el principio de confianza.

Ahora bien, se deben tener presente dos eventos adicionales, para lo cual usaremos el mismo caso incluyendo dos variantes. La primera variación consiste en que el director concertó con el contratista y el fiscalizador para favorecer al contratista, pero para no verse comprometido con el hecho delegó a un tercero que no es consciente de la situación. En este caso, si el director da la orden a su delegado para aprobar el pago, se convierte en un

determinador del peculado si el delegado era consciente del fraude, o en un autor mediato si el delegado no pudo darse cuenta de la maniobra fraudulenta.

En el caso que el director guarde silencio, y el delegado apruebe el pago sin estar enterado del engaño, el fiscalizador y el contratista serían coautores mediatos, y el director sería un cómplice, pues si bien delegó la función en otra persona para facilitar el fraude, permaneció en silencio y no se opuso a la actuación engañosa del contratista y del fiscalizador. El delito, en este caso, no se hubiese consumado con las solas acciones u omisiones del director, pues nada habría ocurrido si el contratista no hubiese presentado la cuenta de cobro con el visto bueno del fiscalizador; además, el delegado tuvo toda la posibilidad de estudiar el caso y negar el pago, sin ninguna intervención del director.

Por esta razón, en esa línea argumentativa, se considera que a pesar de ser el director, de conocer la maniobra engañosa y de realizar algunos actos dirigidos a facilitarla, no tiene el dominio funcional del hecho como sí lo tienen el contratista y el fiscalizador. Sin embargo, en el mismo supuesto de hecho, existe otra forma de imputación de responsabilidad, que se da a través de la figura de la comisión por omisión contemplada. En esta otra forma de imputación se podría señalar que el director, en el caso planteado, tiene el deber y la potestad legal de revocar el acto de delegación, reasumir la función e impedir el fraude, negando el pago que engañosamente había solicitado el contratista. Por esta vía, su conducta se convierte en una comisión por omisión, porque como director de la entidad tiene una posición de garante, en virtud de la cual omitió cumplir con el deber de custodia de los recursos públicos que tiene a su cargo e infringió un deber legal, teniendo la posibilidad y la obligación de impedir dicho resultado. De este modo, solo a través de la

[Escriba texto]

comisión por omisión se podría configurar una posición de garante al director e imputarle un peculado en calidad de coautor.

## **Conclusiones**

Acorde a lo expuesto se concluye que de conformidad con la ordenación de la autoría y la participación dispuesta en el Código Orgánico Integral Penal, el operador de justicia se encuentra obligado por la disposición legal correspondiente a efectuar en cada caso concreto la diferenciación entre las disímiles clases de autores y cómplices, utilizando como mínimo los criterios contemplados en el capítulo de la participación, de acuerdo a los grados de participación. Por esta razón, los órganos jurisdiccionales deben descartar la antigua tendencia de aplicar la teoría de la autoría unitaria, según la cual todo aquel que hiciera un aporte al hecho punible debía ser tenido como autor, debiendo tomar en consideración la teoría del dominio del hecho.

En el delito de peculado debe referirse que los criterios de la autoría y la participación se ven afectados por dos elementos especiales que trae la estructura de este tipo penal, como son la calidad de servidor público y la relación funcional que debe existir entre el autor y el bien protegido.

Necesariamente, por estas características del delito de peculado es que formas como el actuar por otro y el interviniente deben ser utilizadas para abordar ciertos casos especiales, donde interviene en el delito un sujeto que no tiene formalmente la calidad de servidor público, o que no tiene la calidad de servidor público pero es representante legal de una empresa que ejerce una función pública.

En la relación funcional entre el autor y el bien protegido por el delito de peculado, es innegable que sería autor aquel funcionario público que tuviese asignada la función, pero como se explicó, esa asignación puede ser de forma directa a través de la ley o un acto administrativo, o a través de un acto de delegación legítimo.

Para culminar, se deja plasmado que si bien en la función de disponer de recursos públicos deben forzosamente participar varias personas dentro de un procedimiento legal, ello no implica, per se, que todos los que participan en este acto complejo deban responder por el delito de peculado en caso de que en determinado trámite se presente una apropiación, pues se requiere constatar todos los elementos de la imputación objetiva y subjetiva del hecho; por esta vía es posible diferenciar entre personas responsables del hecho y personas que deben ser absueltas de toda responsabilidad.

### **Referencias bibliográficas**

Araujo, M. P. (2010). *Los Delitos Socioeconómicos en la Legislación Ecuatoriana*.

Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Bacigalupo, E. (1984). *Manual de Derecho Penal*.

Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

Bodero, E. R. (1996). *Derecho Penal Básico*.

Quito, Ecuador: Editorial Temis.

Bodero, E. R. (2010). *Teoría Económica de la Delincuencia. (El Neoliberalismo como Factor Criminógeno)*.

[Escriba texto]

Guayaquil, Ecuador: Ateneo Jurídico “ATEJURIS”.

Bodero, E. R. (2016). *A través de la Criminología*.

Ecuador: Murillo Editores.

Cabanellas, G. (1993). *Diccionario Jurídico Elemental*.

Argentina: Editorial Heliasta S.R.L.

Cancino, A. (1983). *Los delitos contra el orden económico social en el nuevo Código Penal*.

Bogotá, Colombia: Librería del Profesional.

Colecciones Lumarso. (1974). *Diccionario Terminológico Político – Económico*.

Guayaquil, Ecuador: Impresos Nueva Luz.

Donna, E.A. (2002). *La autoría y participación criminal*.

Argentina: Rubinzal – Culzoni.

García, R. J. (2014). *Código Orgánico Integral Penal Comentado. Tomo I. Arts. 1 al 78*.

Perú: ARA Editores.

Gracia, L. (2013). *Fundamentos del Sistema del Derecho Penal. Una introducción a las bases de la dogmática penal del finalismo*.

Bogotá, Colombia: Ediciones USTA.

Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*.

[Escriba texto]

Madrid, España: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A.

Molina, C. (2005). *Delitos contra la administración pública*.

Bogotá, Colombia: Editorial Leyer.

Pabón, P. (2011). *Manual de derecho penal. Tomo I. Parte General*.

Colombia: Editorial doctrina y ley.

Puppe, I. (2001). *La imputación objetiva. Presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales*.

Granada: Editorial Comares.

Reátegui, J. (2016). *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Volumen 2*.

Lima, Perú: Legales Ediciones.

Reyes, J. (2012). *Derecho Penal Moderno. Parte general. Tomo I*.

Chile: Editorial Metropolitana.

Reyes, J. (2014). *La Imputación Objetiva. En la Jurisprudencia. Tomo I*.

Chile: Editorial Metropolitana.

Rojas, F. (2017). *Manual de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios públicos*.

Lima, Perú: Nomos & Thesis.

Roxin, C. (2000). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*.

[Escriba texto]



Madrid, Barcelona: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.

Roxin, C. (2007). *La Teoría del Delito, en la discusión actual.*

Lima, Perú: Editora Jurídica Grijley.

Roxin, C. (2008). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.*

España: Thomson Civitas.

Roxin, C. (2009). *Cuestiones sobre la Moderna Teoría de la Imputación Penal.*

Perú: ARA Editores.

Roxin, C. (2014). *Derecho Penal. Parte General. Tomo II. Especiales Formas de Aparición del Delito.*

España: Thomson Civitas.

Salazar, N. (2010). *Contra la administración de justicia.*

Lima, Perú: IDEMSA.

Serrano, A. & Serrano, A. (2011). *Derecho Penal. Parte Especial.*

Madrid, España: Editorial DYKINSON.

Torres, A. (2008). *Acto Jurídico.*

Lima, Perú: IDEMSA

Torres, F. (2011). *Manual de Derecho Penal.*

[Escriba texto]

Bogotá, Colombia: Ediciones USTA.

Welzel, H. (1956). *Derecho Penal. Parte general.*

Bs As, Argentina: Roque Depalma Editor.

Zaffaroni, E. R. *Derecho Penal. Parte General.*

Buenos Aires: Ediar.

Zambrano, A. (2009). *Política Criminal.*

Lima: Jurista Editores E.I.R.L.

Zavala, J. (2014). *Código orgánico integral penal . Teoría del delito y sistema acusatorio.*

Guayaquil, Ecuador: Murillo Editores.

## **Normativa**

Código orgánico integral penal

Constitución de la República del Ecuador

## **Enlace**

Farfán, M. *Servidor Público*. Recuperado de <http://www.eldiario.ec/noticias-manabi-ecuador/109268-servidor-publico/> Marcelo Farfán Intriago