

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

El Peculado Bancario

Análisis de la imprescriptibilidad del tipo penal, del juzgamiento en
ausencia y jurisprudencia controversial

Christian Andrés Ojeda Aráuz

DIRECTOR:

Dr. Ernesto Albán Ricaurte

Tesis de grado presentada como Requisito para la obtención del Título de Abogado

Quito, Noviembre de 2012

© Derechos de Autor

Christian Andrés Ojeda Aráuz

2012

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

“El Peculado Bancario: Análisis de la imprescriptibilidad del tipo penal, juzgamiento en ausencia y jurisprudencia controversia”

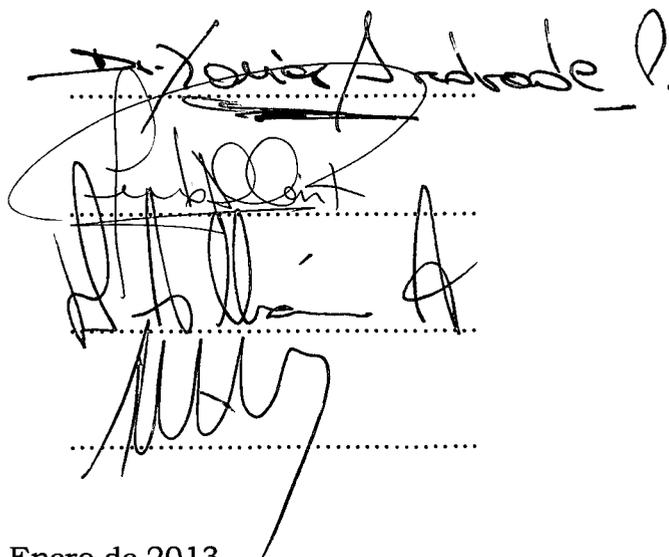
Christian Ojeda Aráuz

Dr. Xavier Andrade
Presidente del Tribunal e Informante

Dr. Ernesto Albán
Directora de Tesis

Dr. Juan Pablo Albán
Delegada del Decano e Informante

Dr. Luis Parraguez
Decano del Colegio de Jurisprudencia



Quito, 18 de Enero de 2013

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art.144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:



Nombre: Andrés Ojeda Aranz

C.I.: 1716071053

Fecha: 18/01/2013

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

EVALUACION DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA

TESINA/TITULO

El Peculado Bancario: Análisis de la imprescriptibilidad del tipo penal, juzgamiento en ausencia y jurisprudencia controversial

ALUMNO Andrés Ojeda A.

E VALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado.

El tema planteado por el estudiante revierte gran importancia en vista de que en los últimos años en el Ecuador, a partir de la crisis financiera de finales de los años 90, la presión social hizo que la legislatura apruebe reformas legales anti técnicas y dirigidas lo que ha producido que la gran mayoría de procesos judiciales producto de las crisis financiera hayan concluido con resoluciones jurídicamente inconsistentes y muchas veces contradictorias. En este escenario el trabajo realizado por el estudiante es una herramienta de estudio importante para identificar las inconsistencias legales y jurisprudenciales sobre el peculado bancario.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

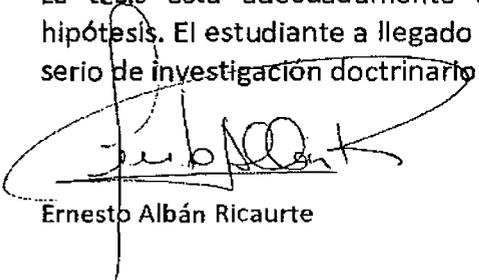
La hipótesis planteada por el estudiante en el sentido de que se requiere de manera urgente una reforma jurídica que corrija la anti técnica normativa vigente en el Ecuador sobre el Peculado Bancario, esta debidamente fundamentada y sin duda reviste real importancia.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

Los documentos utilizados por el estudiante son suficientes y pertinentes por lo que el trabajo de investigación esta debidamente sustentado en doctrina y jurisprudencia adecuada, siendo satisfactorio este rubro de evaluación.

d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).

La tesis esta adecuadamente argumentada y el estudiante justifica apropiadamente su hipótesis. El estudiante a llegado a sus propias conclusiones como consecuencia de un proceso serio de investigación doctrinario y jurisprudencial.



Ernesto Albán Ricaurte

DEDICATORIA

*A mi Familia que ha sido un ejemplo
permanente en mi vida, a mis amigos y
a todo quien ame el derecho y lo
practique con el corazón.*

AGRADECIMIENTOS

A Daniela y Ernesto, que me han guiado durante todo este proceso, a todos mis maestros y a esas grandes personas que me han apoyado durante estos años.

RESUMEN

El presente trabajo busca entregar al lector una visión del peculado bancario desde un punto de vista histórico, doctrinario y jurisprudencial. Partiendo del análisis del tipo penal en su conjunto y determinando los aciertos y desaciertos que el legislador, dentro de todo el proceso evolutivo, ha tenido; para luego, entender la interacción del tipo penal con el derecho constitucional, penal internacional y los derechos humanos; y finalmente comprender y comentar jurisprudencias que se han convertido en hitos dentro de nuestra vida jurídica en los últimos años. Bajo este esquema pondré a consideración una serie de conclusiones sobre este complejo tipo penal.

ABSTRACT

This paper seeks to provide the reader an overview of bank embezzlement from a analyzing history, doctrine and jurisprudence. Based on the examination of the article as a whole and determine the strengths and weaknesses that the legislature, within the whole evolutionary process has had. After that, we could understand the interaction of the article with constitutional law, international criminal law and human rights. Finally, we can value and comment transcendental jurisprudence in the last years of our legal life. Under this scheme we can reach a number of conclusions about this complex crime.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
1. CAPITULO I: EL TIPO PENAL CONOCIDO COMO PECULADO	4
CONCEPTO DOCTRINAL	5
ANTECEDENTE HISTÓRICO ECUATORIANO	6
1.1.1. Código Penal 1837	8
1.1.2. Código Penal 1871	9
1.1.3. Código Penal 1906	10
1.1.4. Código Penal 1938 /1971	11
1.1.5. Ley Orgánica de Administración Financiera y Control.....	13
1.1.6. Reforma al Código Penal 1978.....	15
1.1.7. Constitución Política de la República del Ecuador 1998	16
1.1.8. Reforma Código Penal 1999	17
1.1.9. Ley General de Instituciones del Sistema Financiero 1994 /2001	18
1.1.10. Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado	18
1.1.11. Código de Procedimiento Penal	19
1.1.12. Constitución de la República del Ecuador 2008.....	19
1.1.13. Resolución de 24 de febrero de 2010	20
1.1.14. Resolución de 10 de noviembre de 2010.....	21
1.1.15. Proyecto de Ley del Código Integral Penal	22
ANÁLISIS DEL TÍPICO DEL “PECULADO” EN EL ARTÍCULO 257 DEL CÓDIGO PENAL.....	23
1.1.16. Bien Jurídico Protegido	24
1.1.17. Acción Nuclear	25

1.1.18. Sujeto Activo	27
1.1.19. Sujeto Pasivo	29
1.1.20. Objeto Material.....	30
1.1.21. Elementos normativos	31
1.1.22. Elementos subjetivos	32
PECULADO BANCARIO Y/O FINANCIERO PARTICULARIDADES	33
2. CAPITULO II: IMPRESCRIPTIBILIDAD Y JUZGAMIENTO EN AUSENCIA	35
LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DENTRO DEL ORDENAMIENTO ECUATORIANO	37
2.1.1. Prescripción como parte del Principio de Legalidad	38
2.1.2. Imprescriptibilidad en el Derecho Internacional	42
2.1.3. Aplicabilidad de la Imprescriptibilidad en el Delito de Peculado	48
EL JUZGAMIENTO EN AUSENCIA DENTRO DEL ORDENAMIENTO	
ECUATORIANO.....	50
2.1.4. El derecho a la defensa	52
2.1.5. El juzgamiento en ausencia frente al derecho a la defensa.....	53
LA IMPRESCRIPTIBILIDAD FRENTE AL JUZGAMIENTO EN AUSENCIA.	55
3. CAPITULO III: APLICACIÓN DEL ART. 257 EN CASOS	
CONTROVERSIALES.....	56
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. EXPEDIENTE DE CASACIÓN 312. CAUSA N°	
210-2002-MG. REGISTRO OFICIAL 468 DEL 24 DE NOVIEMBRE DE 2004.....	57
3.1.1. El Art. 257 se encuentra derogado.....	58
3.1.2. Únicamente los funcionarios públicos pueden ser sindicados por el tipo penal	
del artículo 257.....	59
3.1.3. Reforma es posterior en el tiempo	60
3.1.4. Calificación del sujeto activo	63

3.1.5. Conclusión.....	63
CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. PRIMERA SALA DE LO PENAL.	
EXPEDIENTE DE CASACIÓN 292. REGISTRO OFICIAL 203 DEL 21 DE OCTUBRE DE 2011	64
3.1.6. Fundamentos tomados por la Defensa en el Recurso de Revisión	65
3.1.7. Análisis de los fundamentos presentados por la defensa por parte de la Corte.....	66
3.1.8. Resolución del Recurso de Revisión	67
3.1.9. Conclusiones respecto a los argumentos desarrollados en la Jurisprudencia. 67	
CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL.	
CAUSA N° 421- 2010.	70
3.1.10. Determinación por parte de la corte del tipo penal de peculado por apropiación como el delito cometido por los acusados.....	72
3.1.11. Análisis del comportamiento típico de los acusados del Delito de Peculado. 74	
SÍNTESIS DEL CAPÍTULO	78
4. CONCLUSIONES	81
BIBLIOGRAFÍA.....	87
PLEXO NORMATIVO.....	92
LEGISLACIÓN LOCAL.....	92
TRATADOS INTERNACIONALES.....	93
NORMATIVA EXTRANJERA	93
DEBATES LEGISLATIVOS	94
JURISPRUDENCIA.....	95
JURISPRUDENCIA LOCAL.....	95
JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL	96

ANEXOS	97
ANEXO 1: TABLA 1 SÍNTESIS HISTÓRICA DE NORMATIVA.....	98
ANEXO 2: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. EXPEDIENTE DE CASACIÓN 312. CAUSA N° 210-2002-MG. REGISTRO OFICIAL 468 DEL 24 DE NOVIEMBRE DE 2004	105
ANEXO 3: CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. PRIMERA SALA DE LO PENAL. EXPEDIENTE DE CASACIÓN 292. REGISTRO OFICIAL 203 DEL 21 DE OCTUBRE DE 2011	119
ANEXO 4: CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL. CAUSA N° 412- 2010.	127

INTRODUCCIÓN

La República del Ecuador, ha sufrido en los últimos veinte años de una ola de corrupción de magnitudes astronómicas. Actos donde de la manera más descarada se han desfalcado las arcas fiscales, utilizando los recursos del Estado como caja chica de los gobernantes de turno. Esta realidad, conocida por todos y cada uno de los ecuatorianos, busco cambiarse en 1998, donde se inicia una serie de reformas legales, con el fin de poder sindicar a los autores, cómplices y encubridores de estos delitos. La figura penal, tomada, potenciada y modificada, fue la presente en el artículo 257 del código penal, el tipo conocido como Peculado. Con esta modificación se busco constituir una figura capaz de ser la salvación en contra de la corrupción en la administración pública.

La crisis financiera de 1999, la cual se da meses después del nacimiento de la nueva constitución, pone al Ecuador en jaque y frente a una decisión vital, “En junio de 1999, tres firmas internacionales dieron a conocer los resultados de una auditoria sobre los 38 bancos del país. Se trataba de decidir del cierre de la mitad de estos, por motivos de insolvencia y mal manejo de fondos, debido en grande parte a los créditos vinculados que habían ido

multiplicándose desde cinco años [sic]”¹. De esta manera pasan a manos del Estado catorce bancos privados en un año, bajo el control de la AGD, a un costo aproximado de cinco mil millones de dólares de los Estados Unidos de América². Nuevamente la historia nos obligó a protegernos y evitar que esto suceda de nuevo y quede en la impunidad, y es así como se produce una gran reforma al artículo 257 del Código Penal en 1999, creando un delito cuyo autor podría ser uno de los directivos de la Institución Financiera.

Estamos frente a una situación *sui generis*, ya que tenemos un delito que fue modificado, en base a una reacción desesperada por parte de los legisladores, al mirar que el sistema donde se sostiene el Estado estaba colapsando por dos situaciones que finalmente derivaron en la destrucción del sistema financiero nacional, pérdida de la moneda y repercusiones sociales a lo largo de los años. Estas reformas construyeron un tipo penal diferente y de compleja aplicación.

Es por ello surge la siguiente interrogante ¿Es adecuada construcción y aplicación del artículo 257 del Código Penal, para todos los delitos que comprenden el tipo penal? El trabajo presentado busca determinar, en base a un análisis de la evolución del tipo penal, los elementos de la tipicidad, su interacción con los derechos y principios fundamentales y finalmente la jurisprudencia que estamos frente a un artículo que necesita una urgente reforma a nivel constitucional y legal, asegurando de esa manera una aplicación acorde a los derechos y principios consagrados en la constitución y demás instrumentos internacionales.

Este trabajo ha sido dividido en tres capítulos desarrollando dentro de cada uno de ellos los temas antes mencionados, es así, que la primera sección presenta el proceso evolutivo del artículo, donde se plasmaría posteriormente el tipo penal de Peculado Bancario; en el

¹ Fontaine, Guillaume. “Crisis de la gobernabilidad y dolarización en el Ecuador. Una mirada retrospectiva al golpe de Estado de 21 de enero 2000.” *Documentos del Instituto Internacional de Gobernabilidad* (2002). P . 4.

²*Ibid.*

mismo capítulo se ingresa al análisis típico del artículo, buscando comprender a profundidad el funcionamiento de los delitos de Peculado. El segundo capítulo analiza el alcance que genera la constitucionalización de la imprescriptibilidad y juzgamiento en ausencia en este tipo penal, sus consecuencias, motivación y real aplicabilidad conforme a los tratados internacionales de Derechos Humanos. Finalmente, se busca que a partir del análisis jurídico de tres jurisprudencias política y socialmente relevantes, se determine como entiende y aplica el juzgador el artículo 257 del Código Penal.

Durante el proceso de elaboración de este trabajo se presentó a la Asamblea Nacional, por iniciativa del Ejecutivo, un proyecto de ley, el cual llamaron Código Integral Penal. En la versión enviada por el Presidente de la República no se presentaban cambios profundos a este tipo penal (únicamente modificaciones a las penas), pero luego del Primer Debate del proyecto de ley vemos un cambio fundamental en delito de peculado por apropiación, bancario y financiero dado por la creación de un acápite completo referido a los delitos financieros. Este particular ha ampliado la vigencia e importancia de este trabajo, al existir la posibilidad de que en un momento determinado la hipótesis bajo la cual se construye este trabajo se compruebe.

1. CAPITULO I: EL TIPO PENAL CONOCIDO COMO PECULADO

El artículo 257 del Código Penal el cual de manera preliminar se puede señalar que es el que contiene al delito conocido como Peculado en realidad trata a más de un delito; esta realidad se produce por el gran número de reformas al que ha sido sometido. El inciso primero aborda al peculado en su expresión más clásica, conocido como peculado por apropiación; el inciso tercero trata el peculado bancario y el último inciso plantea una reforma que para autores como Cueva Carrión genera un nuevo delito el que llama peculado financiero³.

En este capítulo se busca desarmar al artículo 257 del Código Penal desde un punto de vista doctrinal e histórico, desglosando en cada uno de los elementos del tipo penal y estableciendo la hipótesis necesaria para que se adecue al artículo y al pensamiento del legislador al crearlo. Es por ello que iniciaré estableciendo cual es el concepto que la doctrina ha determinado como valedero para este delito y posteriormente desarrollaré todo el proceso evolutivo que ha llevado a la construcción del delito dentro del ordenamiento ecuatoriano; Con estos elementos, podré ingresar al estudio de la tipicidad del delito de

³ Cueva Carrión, Luis. *Peculado*. Vol. II. Quito: Ediciones Cueva Carrión, 2007. P. 153

peculado y finalmente comprender las particularidades que posee el peculado bancario y/o financiero.

CONCEPTO DOCTRINAL

La doctrina define al peculado desde diferente ópticas, presentando algunos conceptos de peculado, es así que se entiende este tipo penal como “la apropiación o distracción voluntaria, con provecho propio o ajeno, de dinero u otra cosa mueble, perteneciente a la administración pública, por parte de un funcionario público o del encargado de un servicio público, que está en posesión de ello por motivos de su cargo o servicio.”⁴ Flores y García consideran que el tipo penal de peculado se da cuando: “El funcionario público o el encargado de un servicio público que, teniendo por razón de su cargo o de su servicio, la posesión de dinero o de otra cosa mueble, perteneciente a la administración pública, se los apropie o los distraiga en provecho propio o ajeno”⁵.

Carrara considera que “el peculado es la apropiación de cosas públicas cometida por una persona investida de algún cargo público, a la cual, precisamente en razón de éste, le fueron entregadas, con la obligación de conservarlas y devolver, las cosas de que se apropia.”⁶ Dentro de los doctrinarios ecuatorianos se destaca Cueva Carrión, quien considera que este delito es “la sustracción o apropiación de cosas públicas, en provecho propio o ajeno, por aquel a quien está confiada su custodia o administración”⁷.

La Corte Suprema de Justicia Ecuatoriana por su parte considera que “El delito de peculado implica actuación consiente y voluntaria para disponer arbitraria y dolosamente

⁴ Paredes Escobar, César Bayardo. *El Delito de Peculado en el Ecuador*. Tesis de Maestría en Derecho Procesal. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, 2009. P. 33

⁵ Flores Uzcátegui, Gustavo, y José García Falconí. *Manual de Practicas Procesal en los Juicios*. Quito: s.e., 1982.cit. en: Paredes Escobar, César Bayardo. *El Delito de Peculado en el Ecuador*. Tesis de Maestría en Derecho Procesal. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, 2009. P. 33

⁶ Carrara, cit. en: Paredes Escobar, César Bayardo. *El Delito de Peculado en el Ecuador*. *Óp. cit.*, P. 33

⁷ Cueva Carrión, Luis. *Peculado*. Vol. I. Quito: Ediciones Cueva Carrión, 2008. P. 71

de fondos o bienes públicos, apropiándose o permitiendo que otro se apropie o para usar en beneficio propio o de un tercero, algún bien que el servidor público tiene en su poder o bajo su control en razón de su cargo”⁸.

Analizando todas las definiciones antes anotadas, se puede concluir que el peculado⁹ posee una serie de elementos que lo identifican como tal, los cuales podrían sintetizarse en una oración: El peculado es el abuso o apropiación de bienes públicos por parte de un funcionario de la propia administración en el cumplimiento de sus funciones.

ANTECEDENTE HISTÓRICO ECUATORIANO

En palabras del Doctor Ernesto Albán Gómez “El Peculado es un delito de vieja data, pues ya estuvo previsto en el Derecho Romano, de donde toma su denominación. Está tipificado en todas las legislaciones; concretamente en el Ecuador desde el primer Código Penal”¹⁰; es por ello que se vuelve necesario e importante estudiar su evolución¹¹ en la normativa ecuatoriana como primera aproximación a la complejidad del tipo penal.

El artículo 257 del Código Penal vigente¹² establece el delito conocido como peculado, donde se señala:

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

⁸ Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Penal. Expediente de Casación N° 323. Registro Oficial N° 178 del 26 de Septiembre de 2003.

⁹ Los conceptos presentados corresponden al Peculado por apropiación o Peculado clásico.

¹⁰ Albán Gómez, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*. Primera Edición. Vol. II. Quito: Ediciones Legales, 2011, P. 126

¹¹ Ver Anexo 1. Tabla Resumen de las normas históricas.

¹² Código Penal. Artículo 257. Registro Oficial Suplemento 147 de 22 de enero de 1971.

de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años si la infracción se refiere a fondos destinados a la defensa nacional.

Se entenderá por malversación la aplicación de fondos a fines distintos de los previstos en el presupuesto respectivo, cuando este hecho implique, además, abuso en provecho personal o de terceros, con fines extraños al servicio público.

Están comprendidos en esta disposición los servidores que manejen fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los bancos estatales y privados.

Igualmente están comprendidos los servidores de la Contraloría General y de la Superintendencia de Bancos que hubieren intervenido en fiscalizaciones, auditorías o exámenes especiales anteriores, siempre que los informes emitidos implicaren complicidad o encubrimiento en el delito que se pesquisa.

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

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

Con la misma pena serán sancionados los servidores de la Dirección General de Rentas y los servidores de aduanas que hubieren intervenido en Actos de Determinación.

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

Este tipo penal es consecuencia de una serie de modificaciones, las cuales podría considerarse como directas e indirectas en el sentido de que se dio por reformas al Código Penal y a otras leyes tal como la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control¹³, el

¹³Ley Orgánica de Administración Financiera y Control. Registro Oficial 337 de 16 de Mayo de 1977.

Código de Procedimiento Penal¹⁴ y la Ley Orgánica de la Contraloría General de Estado¹⁵. Esta complejidad en su construcción amerita el analizar una a una estas reformas legales para descomponer a este artículo, tomando en cuenta las dos vertientes (peculado y peculado bancario y/o financiero) que permitieron la formación del tipo penal.

1.1.1. Código Penal 1837

El tipo penal conocido dentro del ámbito jurídico y político como peculado (donde se incluye al peculado financiero y/o bancario¹⁶) ha estado presente dentro de la legislación ecuatoriana desde el primer código penal¹⁷.

Dentro del Título sexto del documento en referencia en el capítulo III llamado de los Delitos de los asentistas, proveedores y empleados públicos, que suministran, venden o compran algunas cosas por cuenta del gobierno en los artículos 355 al 359 y en el Título séptimo en su capítulo III sobre el extravío, usurpación y malversación de los caudales y rentas de los pueblos y establecimientos públicos dentro de los artículos 369 al 373. En esta serie de articulados se desarrolla el que a futuro se conocerá como peculado dentro de su forma clásica, que en palabras del Glosador Labeón es “el hurto del dinero público o sagrado, cometido por quien lo conservaba, no por cuenta suya”¹⁸.

Por otro lado, los artículos 550 a 555 considerados como los precursores de la definición de lo que hoy se conoce como peculado bancario, tratan sobre delitos

¹⁴ Código de Procedimiento Penal. Artículo 233. Registro Oficial Suplemento 360. 13 de enero de 2000.

¹⁵ Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Artículo 73. Registro Oficial Suplemento N° 595 del 12 de junio de 2002.

¹⁶ Se explicará esta diferenciación en el punto 0

¹⁷ Código Penal. Registro Autentico el 14 de abril de 1837.

¹⁸ Ferreira Delgado, Francisco José. *Derecho Penal Especial*. Vol. II. Bogotá: Temis, 2006, P. 287

relacionados con las bancarrotas y alzadas¹⁹, pues en ellos se determinan responsabilidades de los individuos que practiquen profesión mercantil de bancarrota fraudulenta o voluntaria.

En los dos casos vemos ya sujetos calificados y bienes jurídicos identificados, siendo completamente diferentes uno de otro. En el primer caso no encontramos frente a un delito contra la administración y en el segundo, el código lo considera dentro de los delitos contra las propiedades, por lo que el bien jurídico protegido es sin lugar a dudas distinto.

1.1.2. Código Penal 1871

Este proceso evolutivo nos lleva a la segunda gran reforma del Código Penal en el año 1871²⁰, donde se plasma por primera vez el art. 257²¹, el cual me permito citar:

Art. 257.- Serán castigados con reclusión de tres a seis años todo empleado público, toda persona encargada de un servicio público, que hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, de piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuviesen en su poder en virtud o razón de su cargo.

Si el abuso no excede de la fianza, el culpable será castigado con la mitad de la pena precedente.

Como se puede observar de este artículo se desprende que los sujetos calificados son los empleados públicos o personas encargadas de un servicio público (v.gr. Concesiones). Evidentemente el objetivo del legislador es sancionar al funcionario público que en ejercicio de sus funciones abuse²² de dineros pertenecientes a la administración.

¹⁹ Goldstein, Raúl. *Diccionario de Derecho Penal y Criminología*. Buenos Aires: Astrea, 1993. P. 62 “Uso arbitrario de la cosa propia cuando hay otras personas que tengan sobre el título preferente.”

²⁰ Código Penal. Artículo 257. Registro Auténtico el 03 de noviembre de 1871.

²¹ Es interesante y por lo menos curioso el hecho que a pesar de las distintas codificaciones y reformas el número del artículo referente a peculado se mantiene desde esta época hasta la actualidad.

²² El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual considera al verbo abusar como “usar mal, con injusticia o exceso y también de manera impropia, inadecuada o indebida, de algo o de alguien. Abusar implica, en todo caso, comportamiento o conducta censurable, aun obrando con inicial derecho y dentro del

Dentro de este código al futuro concepto de peculado bancario lo trata de la misma manera que el código de 1837 como alzamiento o quiebra fraudulenta dentro del artículo 527 (Art. 527); en él se determina que en los que en los casos previstos por el código de comercio, fueren declarados culpables de quiebra, serán condenados: Los de insolvencia culpable, a una prisión de un mes dos años; Los de alzamiento o quiebra fraudulenta²³, a reclusión de tres seis años. Al tratarse de una actividad principal y hasta se podría decir absolutamente comercial, el código bajo el cual se rige es el código de comercio, ratificando “que el marco legal indispensable existía en aquella época para sancionar las malas administraciones tanto de comerciantes y dentro de estos, tal como hasta hoy el Código de Comercio lo reconoce, de las <<operaciones de banco>>”²⁴, considerando al delito como un tipo penal el cual esta encaminado a sancionar a los comerciantes (entendiendo dentro de estos a los banqueros y funcionarios bancarios) que actúen en contra de la normativa que rige su comportamiento y que controla su accionar.

1.1.3. Código Penal 1906

En este código²⁵ el artículo referente al peculado no revisa ningún cambio, “conserva todas las características y referencias del tipo penal”²⁶, del año 1871, pero por fines explicativos me permito mostrar las ligeras diferencias que se presentan en esta codificación:

Art. 225.- Serán castigados con tres a seis años de reclusión menor los empleados públicos y toda persona encargada de un servicio público, que hubieren abusado de dineros

aparente ejercicio de sus facultades o atribuciones.” Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Ed. Guillermo Cabanellas de las Cuevas. Trigésima Edición. Vol. I. Buenos Aires: Heliasta, 2008.

²³ Delito en el que incurre en ella el comerciante declarado en quiebra que simule o suponga deudas, gastos, pérdidas, etc. Goldstein, Raúl. *Diccionario de Derecho Penal y Criminología*. Óp. cit., P. 784

²⁴ Raza, Stalin. *El Peculado Bancario en la Crisis Financiera de 1998*. Quito: Abya-Yala, 2008, P. 54

²⁵ Código Penal. Artículo 225. Registro Oficial Suplemento 61 de 18 de abril de 1906

²⁶ Raza, Stalin. *El Peculado Bancario en la Crisis Financiera de 1998*. Óp. cit., P. 54

públicos o privados, de efectos que los representen, de piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder, en virtud o razón de su cargo.

Si el abuso no excede de la fianza, se castigará al culpado con la mitad de la pena precedente.

Como se observa, en relación a la codificación previa únicamente se especifica el tipo de reclusión a la que será destinado el reo de este delito (menor).

Relacionado con lo que en un futuro se conocerá como peculado bancario, el Código Penal de 1906 el Libro X, referente a los delitos contra la propiedad, en el Capítulo I (de los robos) y III (de los fraudes, abusos de confianza, engaños y estafa y de la ocultación de objetos cometidos en un infracción establece una sanción diferenciada para los casos de quiebra o insolvencia culpable (prisión de uno a tres años) los de alzamiento o quiebra fraudulenta (reclusión menor de tres a seis años).

1.1.4. Código Penal 1938 /1971

Conforme al proceso evolutivo del Código Penal llegamos al cuerpo normativo vigente²⁷, cuya primera versión se da en 1938 y cuya última codificación data del 22 de enero de 1971²⁸; en esta codificación nuevamente se plasma en el artículo 257 el delito de peculado, el cual señalaba lo siguiente:

Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años los empleados públicos y toda persona encargada de un servicio público que hubiesen abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo; ya consista en el abuso o desfalco malversación de fondos disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante.

²⁷ Código Penal. Registro Oficial Suplemento 147 de 22 de enero de 1971.

²⁸ *Ibid.*

Están comprendidos en esta disposición los que, como empleados, manejan fondos de los Bancos Central, del Sistema de Crédito de Fomento y Comerciales y del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

Será también penal y pecuniariamente responsables los fiscalizadores de la Contraloría y los inspectores de la Superintendencia de Bancos que hubiesen intervenido en las fiscalizaciones anteriores, siempre que los informes emitidos implicaran complicidad o encubrimiento en el delito que se pesquisa.

Del artículo se desprende con claridad una ausencia de tipificación en contra de los administradores o entidades bancarias y comerciales, a la par se observa que el legislador buscó tipificar un delito contra la administración pública y es por ello que se lo establece en el Título III que lleva el mismo nombre dentro del Libro Segundo de los Delitos en Particular.

Poco tiempo después de la codificación, el 16 de Mayo de 1977, se publica en el Registro Oficial N° 396 la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control en la cual dentro de las disposiciones finales en el art. 396 señaló:

Los artículos 257, 258 y 259 del Código Penal, sustitúyanse por el siguiente:

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

Se entenderá por malversación la aplicación de fondos a fines distintos de los previstos en el presupuesto respectivo, cuando este hecho implique, además, abuso en provecho personal o de terceros, con fines extraños a servicio público.

Están comprendidos en esta disposición los servidores que manejen fondos del Instituto Ecuatoriano Social o de los bancos estatales y privados. Igualmente estarán comprendidos los servidores de la Contraloría General y de la Superintendencia de Bancos, que hubieren intervenido en fiscalizaciones, auditorías o exámenes especiales anteriores, siempre que

los informes emitidos implicaren complicidad o encubrimiento en el delito que se pesquisa.

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

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

Esta reforma plantea una serie de modificaciones, dentro de este análisis me centraré en las referentes al peculado bancario, por ser las más relevantes y que mayor impacto social generaron.

1.1.5. Ley Orgánica de Administración Financiera y Control

Las modificaciones se dan en el inciso tercero²⁹ donde se cambia de los “empleados” a los “servidores que manejen fondos” del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, de los bancos estatales y privados. Como vemos estamos frente a tres cambios importantes: un modificación de empleados a servidores, sustitución de las expresiones “Banco Central, Sistema de Crédito de Fomento y Comerciales y del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social” por “Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los bancos estatales” y finalmente el cambio en el sujeto activo.

El sustituir la palabra “empleados” por “servidores”, genera una duda derivada del motivo del cambio en esta palabra, ya que el diccionario de la Real Academia de la Lengua

²⁹Ley Orgánica de Administración Financiera y Control. Artículo 396. Registro Oficial 337 del 16 de mayo de 1977

considera que un empleado es una “Persona que desempeña un destino o empleo.”³⁰, mientras que la palabra “servidor” la Real Academia de la Lengua lo define como la “Persona que sirve como criado”³¹, por lo que podría entenderse que el servidor no necesariamente tiene que ser empleado de la institución. Esta duda podría quedar solventada aparándose en la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa³² del año 1978 vigente en esa época, la cual determina en el inciso tercero del artículo 3 que “Servidor público es todo ciudadano ecuatoriano legalmente nombrado para prestar servicios remunerados en las instituciones a que se refiere el inciso primero de este artículo”; el primer inciso considera que “el Servicio Civil ecuatoriano comprende a los ciudadanos ecuatorianos que ejerzan funciones públicas remuneradas, en dependencias fiscales o en otras instituciones de Derecho Público y en instituciones de Derecho Privado con finalidad social o pública.”, y principalmente en la Constitución³³ vigente a la época la cual determina en el artículo 120 que “No habrá dignatario, autoridad, funcionario ni servidor público exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones.” y el artículo 121 que determina que “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.”. Estas normas no determinan la existencia de empleados y el modificar la terminología a servidor permitiría asegurar una aplicabilidad integral de esta norma.

La segunda modificación busca englobar a todas las instituciones bancarias públicas, ya que el crecimiento del aparato estatal puede conllevar el surgimiento de nuevas instituciones bancarias públicas.

³⁰ Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. Vigésima segunda edición. 2001. 01 de Junio de 2012.

<<http://buscon.rae.es/drae/>>.

³¹ *Ibid.*

³² Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa. Registro Oficial 574 de 26 de abril de 1978.

³³ Constitución Política de la República del Ecuador. Registro Oficial N° 1 de 11 de agosto de 1998 (derogada).

Finalmente la tercera modificación trabaja dentro del sujeto activo, pudiendo ser servidor de una entidad financiera privada. Esta modificación enlaza a los antiguos delitos de alzamiento o quiebra fraudulenta creando este tipo penal nuevo, pero manteniendo su ubicación dentro del Título III sobre los delitos contra la administración pública. Si se pensaría que se trata del mismo delito (peculado) se debería entender como que el abuso de dineros por parte de una entidad financiera (v.gr. Entidad Bancaria) atenta contra la administración pública per se, algo que no es correcto. Por ello vemos que estamos ante el surgimiento de un nuevo tipo penal, el peculado bancario, el cual posee sujetos activos y pasivos completamente diferentes.

1.1.6. Reforma al Código Penal 1978

Esta reforma³⁴ buscó eliminar del artículo 257 la palabra malversación como un elemento normativo³⁵ aplicable al verbo rector abusar. La reforma estableció que: “suprímase la palabra “malversación”; y, en vez de las palabras “mayor extraordinaria de doce años un día a dieciséis años” y, en vez de las palabras “de ocho a doce años”, póngase: dieciséis años un día a veinte y cinco años de reclusión mayor especial”. “Suprímase el inciso segundo de dicho artículo.” De esta manera se eliminaba del articulado este elemento normativo; esta modificación fue derogada a año siguiente por el Decreto Legislativo 0 del 1 de octubre de 1979, el cual ordenó regresar al texto vigente anteriormente. Lamentablemente por un error tipográfico dentro del código se mantuvo parcialmente esta reforma al no colocar nuevamente la palabra malversación como uno de los elementos normativos del artículo. Es un error que aparentemente no posee consecuencias, pero que deja un vacío legal respecto a este inciso, ya que no existe lógica aparentemente en la existencia del segundo inciso que busca explicar el concepto de malversación, la cual no se presenta como uno de los elementos normativos.

³⁴ Reforma Código Penal. Registro Oficial 621 de 04 de julio de 1978

³⁵ Este particular será analizado a profundidad en el punto 1.1.21 de este trabajo.

1.1.7. Constitución Política de la República del Ecuador 1998

La Constitución de 1998³⁶ trae por primera vez uno de los elementos más importantes de análisis dentro de esta tesina, se encuentra en el Título V referente a las Instituciones del Estado y la Función Pública, en su Capítulo 2 concerniente a la Función Pública. En el artículo 121 donde se plasman las normas sobre responsabilidad pública. El inciso segundo considera que:

Los dignatarios elegidos por votación popular, los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado y los funcionarios y servidores públicos en general, estarán sujetos a las sanciones establecidas por comisión de delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán aun en ausencia de los acusados. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aunque no tengan las calidades antes señaladas; ellos serán sancionados de acuerdo con su grado de responsabilidad.

En este artículo nace en el Ecuador la imprescriptibilidad y el juzgamiento en ausencia en los delitos de peculado, tema central fundamental de análisis. La importancia de analizar esta constitución (encontrándose ya derogada), es entender el motivo por el cual el legislador incluyó estos dos elementos en el artículo 121, y con ello por un lado, derogar de manera tácita lo establecido en el artículo 257 último inciso referente a la prescripción y por otro modificar o hasta limitar el debido proceso como garantía constitucional, en base al juzgamiento en ausencia.

El artículo 121 ya citado en el punto tratado anteriormente determina la responsabilidad administrativa, civil y penal por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos y en este caso extiende dicha responsabilidad a quienes participen en estos delitos, aunque no tengan la calidad de dignatarios elegidos por votación popular, delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado y los funcionarios y servidores públicos; en otras palabras extiende constitucionalmente la responsabilidad

³⁶ Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial N° 1 del 11 de Agosto de 1998 (derogada).

penal para otras personas³⁷, un elemento *sui generis*, dentro de estos delitos donde el sujeto activo es calificado.

1.1.8. Reforma Código Penal 1999

En medio de una crisis financiera, el Congreso de la República del Ecuador decide reformar el artículo 257³⁸ del Código Penal dándole un giro completamente distinto con el último inciso añadido, donde se establece:

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

Es en este momento en el que por primera vez que se establece el delito de peculado financiero³⁹, teniendo como sujetos activos, no a los servidores de dichas instituciones (siendo este el sujeto activo del peculado bancario) sino a todos los actores formadores del área financiera, administradores, ejecutivos, empleados miembros del directorio, consejo de administración. Lo curioso es que se mantiene la prescripción por el doble de lo establecido en el artículo 101, estando ya este artículo derogado.

³⁷ Esta situación queda en evidencia en la jurisprudencia que será analizada en el punto 0

³⁸ Ley Reformatoria a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero; a la Ley de Reordenamiento en Materia Económica, en el Área Tributario-Financiera; y, al Código Penal. Registro Oficial N° 190 del 13 de Mayo de 1999

³⁹ Se explicará esta diferenciación en el punto 0

1.1.9. Ley General de Instituciones del Sistema Financiero 1994 /2001

La Ley General de Instituciones del Sistema Financiero nace en 1994⁴⁰ como una normativa específica que buscaba reglar a las entidades que conforman esta área de la sociedad. Esta normativa establece tanto en su expedición de 1994 como en la del año 2001⁴¹ que cuando⁴², se presenten estos delitos el juez avocará conocimiento dentro de las 24 horas y ordenará la prisión preventiva. Es importante analizar esta parte, en el sentido que se elimina el principio de generalmente aceptado de la excepcionalidad de la prisión preventiva, en base al principio de inocencia.

1.1.10. Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado

Este cuerpo normativo, entrado en vigencia en el 2002, en el inciso segundo del artículo 73 considera lo siguiente: “las obligaciones civiles originadas como consecuencia de la comisión de delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, establecidos en sentencia judicial ejecutoriada, serán imprescriptibles”⁴³. Esta norma desarrolla y amplía el espectro de la imprescriptibilidad en estos delitos ya previamente determinada en la constitución de 1998⁴⁴, ya que inicialmente, la acción y la pena de estos delitos, determinados en el Código Penal, era imprescriptible; con esta reforma se genera una nueva excepción relacionada con la acción civil de cobro que posee la Contraloría General del Estado respecto de quienes un tribunal penal determine como culpables del delito de peculado, en este caso.

⁴⁰ Ley General de Instituciones del Sistema Financiero. Registro Oficial Suplemento 439 del 12 de mayo de 1994

⁴¹ Ley General de Instituciones del Sistema Financiero. Registro Oficial 250 del 23 de enero de 2001 (última modificación 12 de marzo de 2012)

⁴² Ley General de Instituciones Financieras 1994 Art. 131 y Art. 129 Ley General de Instituciones Financieras 2001.

⁴³ Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Artículo 73. Registro Oficial Suplemento N° 595 del 12 de junio de 2002.

⁴⁴ Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial N° 1 del 11 de Agosto de 1998 (derogada).

Esta norma enlaza al ámbito procesal del delito de peculado y demás, ya que si el delito en si es imprescriptible y el Estado busca no que únicamente se determine como culpable y sea condenado, sino que devuelva a la administración los recursos que fueron objeto de apropiación.

1.1.11. Código de Procedimiento Penal

El código de procedimiento penal⁴⁵ en su artículo 223, desde su primera versión en el año 2000, trajo consigo la excepción a la suspensión del proceso por ausencia del imputado, yendo de la mano de la constitución de 1998⁴⁶ y determinado que la causa continuará sin importar la presencia del acusado, lo que posteriormente en este trabajo será determinado como una violación a derechos humanos.

1.1.12. Constitución de la República del Ecuador 2008

La llamada constitución de Montecristi⁴⁷, en relación con el tipo penal no trae ninguna modificación relevante, mantiene la figura de no prescripción y juzgamiento en ausencia en este delito, señalando lo siguiente: “La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas.”⁴⁸

⁴⁵ Código de Procedimiento Penal. Artículo 233. Registro Oficial Suplemento 360. 13 de enero de 2000.

⁴⁶ Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial N° 1 del 11 de Agosto de 1998 (derogada).

⁴⁷ Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial N° 449 del 20 de Octubre de 2008

⁴⁸ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 233. Registro Oficial N° 449 del 20 de Octubre de 2008.

1.1.13. Resolución de 24 de febrero de 2010

En base a la consulta presentada por el doctor Carlos Polit Faggioni, Contralor General del Estado, donde este buscaba que la Corte Nacional de Justicia determine “si es requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, la declaratoria de la Contraloría General del Estado en cuanto a la existencia de indicios de responsabilidad penal por faltante en los fondos públicos, contra el funcionario a cargo de éstos”, nace esta resolución⁴⁹ la cual desarrolla lo siguiente.

El poder judicial considero la propia Constitución de la República en su artículo 212 numeral segundo⁵⁰ que dentro de las funciones de la Contraloría General del Estado se encuentra “Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado” y conjuntamente la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado en su artículo 39⁵¹ considerando que “A base de los resultados de la auditoría gubernamental, contenidos en actas o informes, la Contraloría General del Estado, tendrá potestad exclusiva para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal.” Determinando que “Para el ejercicio de la acción penal pública, esto es, para el inicio de la instrucción fiscal, por los hechos a los que se refiere el artículo 257 del Código Penal” se requiere el informe previo de la Contraloría General del Estado, determinando los indicios de responsabilidad.

Esta resolución a la par determina que para el ejercicio de una indagación previa no se requiere de informe de Contraloría, pero si llegase el fiscal a encontrar dentro de esta

⁴⁹ Corte Nacional de Justicia. Resolución de 24 de febrero de 2010. Registro Oficial No. 154, del 19 de Marzo de 2010

⁵⁰ Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial N° 449 del 20 de Octubre de 2008

⁵¹ Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Artículo 73. Registro Oficial Suplemento 595 del 12 de Junio de 2002

indagación indicios de responsabilidad deberá solicitar de manera inmediata una auditoría a Contraloría con el fin de determinar responsabilidad.

Esta resolución centra su análisis en el tipo de peculado clásico pero es silencioso respecto a las otras figuras que componen el artículo 257, por lo que de manera tácita y en principio es aplicable de manera general al artículo antes mencionado.

1.1.14. Resolución de 10 de noviembre de 2010

De manera posterior a la Resolución⁵² antes analizada, la Corte Nacional de Justicia decidió expedir una nueva donde se buscó corregir el punto en el cual fue silenciosa anteriormente.

La Corte consideró que la anterior resolución “ha dado lugar a que la Fiscalía General del Estado disponga que la Contraloría General del Estado presente informe previo el inicio de la instrucción fiscal, en los casos relacionados con las actividades de las instituciones del sistema financiero, cuya facultad es exclusiva de la Superintendencia de Bancos y Seguros.”. Por lo tanto y luego de analizar la Constitución de la República⁵³ en su artículo 213, la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero⁵⁴ en sus artículos 93 y 171, determinó que “para el inicio de la acción penal por los delitos financieros, no requerirá ningún informe adicional”.

De esta manera el momento que la fiscalía busque iniciar una acción por peculado bancario y/o financiero no necesitará del informe de Contraloría, por no tratarse de entidades públicas sometidas a control de esta entidad y dando muestra una vez más de que

⁵² Corte Nacional de Justicia. Registro Oficial No. 336 del 8 de Diciembre de 2010

⁵³ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 213. Registro Oficial N° 449 del 20 de Octubre de 2008

⁵⁴ Ley General de Instituciones del Sistema Financiero. Artículos 93, 171. Registro Oficial No. 250 de 23 de Enero de 2001.

es errónea la ubicación dentro de los delitos contra la administración pública de estos tipos penales.

1.1.15. Proyecto de Ley del Código Integral Penal

El proyecto de ley de Código Integral Penal ⁵⁵, no busca modificar al código vigente, al contrario, estamos frente a una nueva ley, con una construcción distinta la cual presenta a los delitos que antes eran parte del artículo 257, en dos secciones completamente distintas; por un lado el artículo 267⁵⁶ del Proyecto de Ley trae al delito de peculado en su forma clásica (Peculado por apropiación), esto dentro de la Sección Tercera, Delitos contra la eficiente administración pública, en el Capítulo Quinto, el cual trata sobre los Delitos contra la responsabilidad Ciudadana. En este tipo penal se determina que el sujeto activo del delito será “cualquier servidor o servidora pública, y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, de las enumeradas en el Artículo 225 de la constitución.”. En este caso vemos como se ha clarificado y limitado al sujeto activo del delito de peculado. Respecto al bien jurídico protegido deja de ser el “abusar” y pasa a ser apropiarse, distraer o disponer arbitrariamente de los bienes muebles o inmuebles. Siendo estos los más importantes elementos de la reforma, que como se determinará compaginan con lo que la doctrina ha considerado como el delito de peculado.

El artículo 310⁵⁷ del proyecto, plasma al peculado financiero (incluyendo dentro de este al bancario), este se encuentra en el párrafo único, referente a los delitos contra el sistema financiero, en el Capítulo Quinto, el cual trata sobre los Delitos contra la responsabilidad Ciudadana, este artículo modifica el nombre del tipo penal y lo llama abuso de fondos en el sistema financiero nacional, determinando de esta manera, que ya no se trata de peculado y por ello no cabe la imprescriptibilidad y el juzgamiento en ausencia en estos delitos. Este

⁵⁵ Ley en debate, presentada por el Presidente de la República el 14 de Octubre de 2011

⁵⁶ La numeración se da en base al proyecto de ley aprobado en Primer Debate.

⁵⁷ *Ibid.*

planteamiento se ata con el artículo 73⁵⁸ del proyecto donde se determina con claridad que el delito imprescriptible es el peculado. Cabe determinar que el verbo rector se mantiene, es decir “abusar”.

Bajo estas consideraciones, surgen algunos planteamientos a considerar. Por un lado, vemos como el legislador (hasta este momento) entiende que el peculado financiero o bancario, no es un tipo penal al cual se lo busca tratar como imprescriptible ni juzgable en ausencia y es por ello que modifica el nombre del tipo penal y lo separa en otra sección sin ninguna consideración al respecto; es más, el hecho de modificar el nombre del delito, lleva a considerar que para el legislador no se trata de una variante de peculado sino más bien de un tipo penal completamente distinto. Frente a este punto surge la siguiente interrogante, que sucederá con los procesos que, en el caso de que este proyecto sea el definitivo y se convierta en ley, se estén ventilando en los tribunales, los cuales el delito por el que se esté juzgando sea el de Peculado Bancario o Financiero. No nos enfrentamos a la eliminación y surgimiento de un tipo penal, técnicamente hablando; por lo tanto no se podría entender que automáticamente proceso puede continuar bajo esta nueva figura.

Evidentemente este proyecto de ley, como su nombre lo indica, podría generar cambios positivos en los delitos en análisis, pero para ello se necesita un proceso no solo formalmente técnico sino de profundo análisis jurídico con un alto nivel de debate, para poder crear normativa acorde a la realidad del país.

ANÁLISIS DEL TÍPICO DEL “PECULADO” EN EL ARTÍCULO 257 DEL CÓDIGO PENAL

El tipo penal⁵⁹ para Welzel es “una figura conceptual que describe mediante conceptos formas posibles de conducta humana. La norma prohíbe la realización de estas nomas de

⁵⁸ Ley en debate, presentada por el Presidente de la República el 14 de Octubre de 2011

⁵⁹ Código Penal. Artículo 257. Registro Oficial Suplemento 147 de 22 de Enero de 1971.

conducta”⁶⁰. Estamos frente a la descripción objetiva y material de la conducta prohibida. Atada a esta se encuentra la tipicidad, que no es más que el proceso lógico de adecuación entre el comportamiento y el tipo descrito⁶¹. Este proceso es el que llevaré a cabo al analizar el delito conocido como peculado bancario.

El artículo 257 del Código Penal vigente, luego de mirar su evolución, podemos determinar que estamos frente a un tipo penal sui generis, el cual es imperativo descomponer en sus elementos, para entender la forma como se engrana dentro del sistema penal ecuatoriano.

1.1.16. Bien Jurídico Protegido

Edgardo Donna considera al bien jurídico protegido como “el indicador para entender el núcleo material de lo injusto, que es común en todo comportamiento antijurídico”⁶², es lo que la sociedad considera de alto interés como para protegerlos mediante la imposición de una pena si se llega a lesionar o poner en peligro⁶³.

El delito de peculado lesiona o coloca en peligro a la administración pública, la cual se podría entender como el Estado funcionando dentro de las fronteras⁶⁴. Por ello, dentro de este caso el bien jurídico protegido por encontrarse dentro de los delitos contra la administración pública es “la regularidad funcional, la corrección y la buena marcha de las

⁶⁰ Welzel, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Cuarta Edición. Santiago: Jurídica de Chile, 1993. P. 59

⁶¹ Barbosa Castillo, Gerardo. "Teoría del Delito. Tipo Objetivo". *Lecciones de Derecho Penal*. Universidad Externado de Colombia. Departamento de Derecho Penal y Criminología. Primera Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002. P. 209

⁶² Donna, Edgardo Alberto. *Teoría del delito y de la Pena*. Vol. II. Buenos Aires: Astrea, 1995. P. 47

⁶³ *Id.* P. 48

⁶⁴ Cancino Moreno, Antonio. *El Delito de Peculado en el Nuevo Código Penal*. Bogotá: Temis, 1983. P.9

instituciones públicas”⁶⁵ y de la mano de la “probidad y fidelidad de quienes prestan servicios en esas instituciones”⁶⁶.

La Corte Suprema de Justicia ha considerado que “El peculado esta previsto en nuestra legislación penal desde sus orígenes, para proteger dos bienes jurídico: el patrimonio público y el deber de probidad de las personas encargadas de su custodia y manejo”⁶⁷. Efectivamente este bien jurídico protegido cobija al peculado en su concepción clásica pero al referirnos al tipo penal que cubre el actuar de las entidades financieras privadas, nos encontramos con una realidad distinta, siendo el bien jurídico protegido, para autores como Raza, la propiedad o la confianza en las instituciones financieras⁶⁸. En el análisis es imperativo tomar en cuenta la construcción del derecho penal económico, el cual determina como Bien Jurídico Protegido al conjunto de relaciones posesorias legítimas⁶⁹ o en otras palabras al Orden Económico Social⁷⁰, término acuñado por algunos autores⁷¹.

Es por ello que estamos frente a un artículo con dos bienes jurídicos protegidos completamente independientes uno para el tradicional peculado y otro para el direccionado al área financiera y bancaria.

1.1.17. Acción Nuclear

Esta acción nuclear o conocido como el verbo rector, el cual para doctrinarios como Reyes Echandía es el que “nutre ontológicamente la conducta típica de tal manera que ella

⁶⁵ Albán Gómez, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Parte Especial*. Primera Edición. Vol. II. Quito: Ediciones Legales, 2011. P. 126

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ Cueva Carrión, Luis. *Peculado*. Vol. I. *Óp. cit.*. P. 239

⁶⁸ Raza, Stalin. *El Peculado Bancario en la Crisis Financiera de 1998*. Quito: Abya-Yala, 2008. P. 68

⁶⁹ Suárez Sánchez, Alberto. *Delitos Contra el Patrimonio Económico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000. P. 74

⁷⁰ Raza, Stalin. *Óp. cit.* P. 68

⁷¹ Paredes Escobar, César Bayardo. *El Delito de Peculado en el Ecuador*. *Óp. cit.* P. 67.

gira en derredor del mismo”⁷². Se presenta en el art. 257 en el primer inciso bajo el verbo abusar, conjugado y desarrollado conjuntamente con desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante.

Para analizar el verbo rector, voy a partir del concepto que plantea Goldstein en su Diccionario de Derecho Penal y Criminología considerando que abusar es “Usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de alguna persona o cosa.”⁷³; concepto que Cabanellas lo comparte⁷⁴ y considera que se puede dar aun iniciando su actuación con derecho y dentro de sus facultades⁷⁵. La Corte Nacional de Justicia, ha considerado que abusar, se entiende como “el hecho de un poder, de una facultad, de un derecho o de una situación especial mas allá de lo que resulta lícito por la naturaleza o la costumbre”⁷⁶. Por ello se podría determinar que el sujeto que quebrante la confianza usando fondos entregados por su calidad (en ejercicio de sus funciones) de manera ajena a la establecida por la ley⁷⁷, se encuentra bajo la figura de abuso determinada en el artículo en análisis.

Como se observa este verbo genera una amplia gama de posibilidades, por ello se entiende que el legislador haya buscado aclarar y delimitar su ámbito de acción⁷⁸, estableciendo que el verbo abusar se presenta bajo la figura de desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante; esta última es inconcebible dentro de derecho penal ecuatoriano, por abrir el tipo penal y dejar a discreción que un hecho sea o no catalogado como abuso y con ello como delito de peculado.

⁷² Reyes Echandía, Alfonso. *Tipicidad*. Sexta edición. Bogotá: Temis, 1999. P. 48

⁷³ Goldstein, Raúl. *Óp. cit.* P. 18

⁷⁴ Ver Pie de Página N° 22

⁷⁵ Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Ed. Guillermo Cabanellas de las Cuevas. Trigésima Edición. Vol. I. Buenos Aires: Heliasta, 2008.

⁷⁶ Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Penal. Expediente de Casación N° 312. Registro Oficial N° 468 del 24 de Noviembre de 2004.

⁷⁷ Donna, Edgardo Alberto. *Derecho Penal. Parte Especial*. Segunda Edición. Vol. III. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni, 2008. P. 309.

⁷⁸ Calvachi Cruz, Reinaldo. “El Peculado Bancario”. *Juris Dictio* VII/2 (2000), p 98.

1.1.18. Sujeto Activo

El sujeto activo dentro del tipo penal del artículo 257 en principio, considera la existencia de una calificación para el sujeto, como activo calificado o “de propia mano”, siendo una forma de abuso de dinero público, eximiendo de la capacidad de ser autores ni coautores personas indeterminadas o “particulares”⁷⁹. El tipo penal exige que el sujeto activo administre los bienes en razón de funciones claramente expresadas en la ley⁸⁰.

La tipicidad de este artículo establece en primer lugar que son sujetos activos de este delito los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público que maneje dinero siendo este público o privado⁸¹. Es este concepto de sujeto activo la forma clásica de concepción del peculado. Estamos entonces frente a un tipo penal donde el funcionario público o quien se encuentre encargada de un servicio público⁸² es responsable por este delito. La condición es poseer la categoría de servidor público dado por La Ley Orgánica del Servicio Público (LOSEP) en su Art. 4 el cual señala que: “Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.”⁸³. Por lo tanto para determinar la comisión de este tipo penal en lo referente al sujeto activo, es indispensable la comprobación de que este trabaje, preste servicios, ejerza alguna función dentro del sector público. Adicionalmente, gracias a una de las múltiples reformas que se dieron a este artículo el sujeto activo se amplía y cubre a los servidores bancarios que manejen fondos públicos, es en este punto donde se debe

⁷⁹ Zambrano Pasquel, Alfonso. *El caso Filanbanco: peculado bancario y extradición*. Vol. Practica Penal Tomo VII. Guayaquil: Edino, 2007. P. 25

⁸⁰ Cancino Moreno, José Antonio. *El Peculado*. Óp.cit. P. 78

⁸¹ Código Penal. Artículo 257. Registro Oficial Suplemento 147 de 22 de Enero de 1971

⁸² El encargo de un servicio público podría verse en el caso de una concesión. Por ejemplo el caso de la empresa International Water Services INTERAGUA C. LTDA. Concesionaria del servicio de agua potable en el Cantón Guayaquil.

⁸³ Ley Orgánica del Servicio Público. Artículo 4. Registro Oficial Segundo Suplemento 294 del 6 de Octubre de 2010.

diferenciar a los servidores bancarios y a los directivos, pudiendo determinar que no se podría entender que los directivos de la banca son posibles sujetos activos del tipo penal de peculado por apropiación.

Por ello, Luis Carlos Pérez considera que deben existir dos exigencias fundamentales, “esto es la del título de empleado y la de actuar dentro de la órbita de su competencia funcional”⁸⁴, el autor también los considera como una relación inalterable y faltando uno de ellos dejaría de cumplirse con el tipo penal antes descrito⁸⁵. Derivado de esto Soler⁸⁶ y Puig Peña coinciden estableciendo este último que si este dinero lo recibe el funcionario público de manera voluntaria (no por sus funciones) “aunque lo haga por la confianza que le inspire el cargo”⁸⁷ no esta cometiendo delito de peculado⁸⁸.

Analizando el inciso tercero del artículo nos encontramos con el que se podría llamar el primer sujeto activo calificado del peculado entendido como bancario o dirigido a la banca. En este inciso, luego del considerar a “los funcionarios que manejen fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social”⁸⁹, desarrollando para mi punto de vista al mismo sujeto activo calificado del inciso inicial, presenta como posibles autores calificados a los funcionarios que manejen fondos de los bancos estatales y privados. En este punto se genera un elemento de mucho análisis y que respondería a la pregunta de ¿Quiénes manejan los fondos de los bancos privados? Para Raza, el verbo manejar no implica una relación directa de la persona con los fondos, sino un capacidad de disposición de los mismos⁹⁰,

⁸⁴ Pérez, Luis Carlos.cit en: ⁸⁴ Zambrano Pasquel, Alfonso. *El caso Filanbanco: peculado bancario y extradición. Óp. Cit.* P. 27

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Soler, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Por: Zambrano Pasquel, Alfonso. *El caso Filanbanco: peculado bancario y extradición. Óp. Cit.* P. 27

⁸⁷ Puig Peña, Federico. *Derecho Penal. Parte Especial*. Quinta edición. Vol. III. Barcelona: Ediciones Nauta, 1960. P. 87

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ Código Penal. Artículo 257. Registro Oficial Suplemento 147 de 22 de Enero de 1971

⁹⁰ Raza, Stalin. *El Peculado Bancario en la Crisis Financiera de 1998. Óp. Cit.* P. 67.

Ernesto Albán Gómez coincide con esta afirmación determinando que “lo esencial es la capacidad de disposición que tenga el funcionario pues el abuso puede adoptar formas de negociación (pagos injustificados o excesivos)”⁹¹. La Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia se pronunció de manera coincidente con los autores antes señalados⁹². Por lo tanto es necesario para este inciso, ser servidor que tenga la capacidad de disposición de fondos de un banco (sea estatal o privado).

Pero el último inciso de este artículo, va mucho más allá, específicamente dentro del área financiera y bancaria, ya que amplía la categoría de servidor incluyendo a los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados, miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de las entidades financieras, con ello genera dos modificaciones, por un lado incluye a cualquier persona relacionada con la administración y funcionamiento de la entidad financiera y por otro lado, amplía espectro de aplicación de las entidades bancarias a las financieras nacionales privadas (dentro de las cuales se encuentran los bancos). Siendo estos los sujetos activos posibles dentro del delito conocido como peculado financiero.

1.1.19. Sujeto Pasivo

El sujeto pasivo de este tipo penal considera bajo mi análisis algunas realidades, la primera de ellas se da partiendo de la ubicación física del artículo, la cual genera que se entienda a la administración pública como el sujeto pasivo por antonomasia. Pero la segunda de ellas, se presenta dos casos distintos, por un lado, si este manejo indebido de fondos privados ha sido por un servidor apropiándose de fondos propios del banco, el afectado sería la propia entidad financiera, así lo reconoce Cueva⁹³, siendo esta institución el sujeto pasivo del Delito. Por otro lado, si el autor del delito se llega a considerar como el

⁹¹ Albán Gómez, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Parte Especial*. Óp. Cit. P. 131.

⁹² Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Penal. Expediente de Casación N° 369, del 17 de Octubre de 2001.

⁹³ Cueva Carrión, Luis. *Peculado*. Vol. II. Óp. Cit. P. 109

banco, en el caso de que el dinero apropiado sea de los depositantes son estos los sujetos pasivos. Estamos hablando de ciudadanos con fondos en una entidad financiera, lo cuales fueron manejados de manera abusiva.

En conclusión estamos frente a tres posibles sujetos pasivos de este delito, la administración pública, la entidad financiera y los depositantes.

1.1.20. Objeto Material

El objeto material dentro de este delito partiendo de lo estipulado en el artículo 257 son “dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles.”. La doctrina por su lado señala que este delito posee como objeto material al dinero y de manera general bienes muebles, ya que es discutible que este delito se pueda cometer en relación a documentos que representen un valor monetario ya que el peculado no se generaría por la disposición o apropiación del documento y que en relación a los bienes inmuebles carecería de mucho sentido que sean objeto de peculado⁹⁴ en base a que por su naturaleza son imposible de ser desplazados, mas la doctrina⁹⁵ discute en relación a los frutos que estos inmuebles pueden producir.

Es importante y así lo recoge la doctrina la distinción entre dineros públicos y privados ya que al incluirse dineros privados ya consideramos dineros entregados por particulares hacia funcionarios o servidores públicos en ejercicio de su cargo; el doctor Ernesto Albán Gómez simplifica este señalamiento en base a un ejemplo que me permito citar: “pagos por consignación o pensiones de alimentos depositados en efectivo en manos de funcionarios judiciales, para ser entregados a sus destinatarios pero que son objeto de apropiación.

⁹⁴ Albán Gómez, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Parte Especial*. Primera Edición. Vol. II. Quito: Ediciones Legales, 2011. P. 130

⁹⁵ Cueva Carrión, Luis. *Peculado*. Vol. I. Quito: Ediciones Cueva Carrión, 2008. P. 257

En resumen el objeto material del art. 257 son los recursos públicos⁹⁶, tanto los administrados de manera directa, como los entregados a privados para su administración dentro del delito de peculado en su forma clásica; y dentro de las variantes bancarias o financieras el objeto material recae en los dineros, o piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles que los representen sean estos de los depositantes o de la propia institución financiera.

1.1.21. Elementos normativos

Estos elementos son parte indispensable del tipo⁹⁷ y complementan al mismo dándole características diferenciadoras al mismo. Conllevan a una valoración eminentemente jurídica de las expresiones tomadas por el legislador dentro del tipo penal.

El art. 257 prevé una serie de medios por los cuales puede llevarse a cabo el tipo delictuoso. El desfallo, la malversación⁹⁸ y la disposición arbitraria se presentan como los primeros medios; en el caso del primero estamos frente a un “despojo doloso que el sujeto agente hace al legítimo propietario de los fondos”⁹⁹; en el segundo caso estamos frente a la utilización de los bienes con fines distintos a los previstos¹⁰⁰, es así como la propia norma entrega un concepto al señalar que se entenderá por malversación a “la aplicación de fondos a fines distintos de los previstos en el presupuesto respectivo, cuando este hecho implique, además, abuso en provecho personal o de terceros, con fines extraños al servicio

⁹⁶ *Id.* P. 240

⁹⁷ Reyes Echandía, Alfonso. *Tipicidad*. Sexta edición. Bogotá: Temis, 1999. P. 89

⁹⁸ En la reforma al Código Penal de 1978, dada en el Decreto Supremo 2636, publicada en el Registro Oficial 621 de 4 de julio de 1978, por error de redacción, no se eliminó el segundo inciso de esta norma tal como lo dispuso el Decreto Supremo, por lo que este elemento normativo siguió presente y cubierto bajo la figura de cualquier forma semejante en el caso de que se alegue la inexistencia de este elemento.

⁹⁹ Raza, Stalin. *El Peculado Bancario en la Crisis Financiera de 1998*. *Óp. Cit.* P. 68

¹⁰⁰ Calvachi Cruz, Reinaldo. “El Peculado Bancario. *Óp. Cit.* P. 98 y s.

público”¹⁰¹; y en el tercer caso a un “uso indebido, en forma dolosa que ha hecho el sujeto agente de los fondos que le fueron confiados”¹⁰².

En principio se debería entender que el abuso debe ser en alguna de las tres formas antes señaladas, pero bajo un error de técnica legislativa o en palabras de Calvachi¹⁰³ una “fórmula analógica inaceptable” se establece que el abuso se puede dar en “cualquier otra forma semejante”, donde se genera una apertura en el tipo penal y una violación al principio de legalidad, al dejar en manos del juzgador entregando “un cheque en blanco, que tiene la firma del girador”¹⁰⁴.

1.1.22. Elementos subjetivos

Partiendo del Finalismo, nos encontramos con uno de los elementos diferenciadores que presenta esta escuela al momento de desarrollar el Esquema del Delito. Agudelo Betancur, tomando el pensamiento de Welzel, ha considerado que “el dolo hace parte de la acción y no de la culpabilidad; en la acción, viene a ser voluntad de ella, una voluntad jurídicamente relevante en virtud de la descripción que de la acción hace el tipo”¹⁰⁵.

En base a lo planteado por esta escuela se puede determinar que el mismo artículo, limita a ser un delito doloso a conocer y querer realizar un hecho tipificado¹⁰⁶. La Corte Suprema de Justicia ha determinado esta realidad fallando en el sentido que la acción derivada del verbo abusar comprende una acción realizada libre y voluntariamente por el

¹⁰¹ Código Penal. Artículo 257. Registro Oficial Suplemento 147 de 22 de enero de 1971.

¹⁰² Raza, Stalin. *El Peculado Bancario en la Crisis Financiera de 1998*. Óp. Cit. P. 68

¹⁰³ Calvachi Cruz, Reinaldo. “El Peculado Bancario”. Óp. Cit. P. 110

¹⁰⁴ Albán Gómez, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Parte General*. Quito: Ediciones Legales, 2008. P. 81

¹⁰⁵ Agudelo Betancur, Nodier. *Curso de Derecho Penal. Esquemas del Delito*. Tercera Edición. Bogotá: Temis, 2007. P. 73

¹⁰⁶ *Id.* P. 69

funcionario público¹⁰⁷. El verbo rector es abusar, el cual necesariamente implica el conocimiento de que su conducta es impropia o en otras palabras ilícita al no respetar el patrimonio público por medio de mecanismos determinado por la ley.¹⁰⁸

Nuestra legislación no ha previsto el peculado culposo (cometido de manera imprudente, negligente, etc.), quien actúa debe hacerlo a sabiendas o con plena conciencia y voluntad¹⁰⁹. Este delito por sus características requiere que el funcionario tenga conocimiento de la calidad de los fondos o bienes, de la relación del sujeto con los mismos y voluntad para obtener un provecho o un resultado de su accionar¹¹⁰. Es por ello que en nuestro sistema no cabe un delito de peculado culposo o carente de voluntad.

PECULADO BANCARIO Y/O FINANCIERO PARTICULARIDADES

Como se ha señalado a lo largo del documento, el artículo 257 no solo cobija al peculado en su forma tradicional, sino que de manera conjunta se encarga de tipificar al conocido como peculado bancario y/o financiero. Doctrinarios como Cueva Carrión, plantean la existencia del peculado bancario y el financiero, mientras que otros como Albán Gómez, manejan la tesis de un único peculado bancario.

La diferenciación presentada por Cueva se hace primero por el sujeto activo, ya que el peculado bancario tiene como potencial reo al empleado del banco, mientras que el peculado financiero se enfrenta a un sujeto activo muchas veces plural y visto como el delincuente de cuello blanco (basándose en la modificación del tipo penal de 1999 al introducir como posibles actores a los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades).

¹⁰⁷ Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Penal. Expediente de Casación 143. Registro Oficial N° 111 del 28 de Enero de 2011.

¹⁰⁸ Cueva Carrión, Luis. *Peculado*. Vol. I. *Óp. Cit.* P. 183

¹⁰⁹ Zambrano Pasquel, Alfonso. *El caso Filanbanco: peculado bancario y extradición*. *Óp. Cit.* P. 25.

¹¹⁰ Cueva Carrión, Luis. *Peculado*. Vol. I. *Óp. Cit.* P. 184

El proceso de diferenciación se amplía al analizar el sujeto pasivo ya que este en el caso del peculado bancario es la entidad financiera, estamos frente al delito cometido por el funcionario medio dentro de la entidad en palabras de Cueva¹¹¹. Frente a este el financiero se comete en contra varios sujetos, personas naturales y físicas las cuales comparten un patrón en común son ahorristas, inversionistas o similares¹¹² dentro de la entidad financiera.

Es importante acotar que en el caso del peculado financiero la acción nuclear es determinada no solo por el verbo abusar (como en el caso del peculado por apropiación o el bancario) sino adicionalmente por el verbo contribuir el cual se debería entender como el ayudar a conseguir algún fin¹¹³, en este caso el fin es el abusar por alguno de los mecanismo ya analizados.

Por estos elementos se puede determinar la existencia de tres delitos dentro del artículo 257 del Código Penal vigente, por lo que su aplicabilidad se vuelve más compleja para los Tribunales y Jueces tal como se demostrará en los capítulos siguientes.

¹¹¹ Cueva Carrión, Luis. Peculado. Vol. II *Óp. Cit.* P. 109

¹¹² *Id.* P. 109

¹¹³ *Id.* P. 162

2. CAPITULO II: IMPRESCRIPTIBILIDAD Y JUZGAMIENTO EN AUSENCIA

El análisis jurídico del artículo 257 del Código Penal, no estaría completo si no se llega a profundizar en el significado de en estas palabras “imprescriptibilidad y juzgamiento en ausencia”. *A priori*, se observa una figura típicamente concebida dentro del Derecho penal Internacional, *la* imprescriptibilidad, y a una excepción indudable al debido proceso y al derecho a la defensa, el juzgamiento en ausencia.

La Constitución de 1998, trajo consigo a la inclusión de este enunciado al señalar en el inciso segundo del artículo 121¹¹⁴ que:

Los dignatarios elegidos por votación popular, los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado y los funcionarios y servidores públicos en general, estarán sujetos a las sanciones establecidas por comisión de delito de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán aun en ausencia de los acusados. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aunque no tengan las calidades antes señaladas; ellos serán sancionados de acuerdo con su grado de responsabilidad.

¹¹⁴ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 121. Registro Oficial N° 1 del 11 de agosto de 1998.

Convirtiéndose el Ecuador en el primer país en el mundo donde fuera de los delitos que atentan contra los derechos humanos, existen delitos imprescriptibles y juzgables en ausencia¹¹⁵, en los que el sujeto pasivo no es más que la administración pública. La constitución de 2008 no realiza ninguna modificación al tema y se da prácticamente una copia del articulado de la constitución precedente; es por ello, que nacen una serie de interrogantes al analizar estos dos elementos. ¿Puede aplicarse la imprescriptibilidad dentro de delitos en contra de la administración o el patrimonio, siendo ésta un elemento aplicable en el Derecho penal internacional, destinado específicamente a los delitos de lesa humanidad y demás delitos atroces, que atentan contra los derechos humanos? ¿Cómo entiende el Derecho penal internacional a la imprescriptibilidad? ¿Se puede determinar la aplicación de la imprescriptibilidad a todos los delitos comprendidos dentro del art. 257? ¿Cómo se entiende al juzgamiento en ausencia? ¿El juzgamiento en ausencia, no viola al debido proceso y al derecho a la defensa y se vuelve un elemento violatorio a los derechos humanos? ¿No existe una contradicción entre la existencia de estos dos elementos? ¿Qué buscó el legislador cuando determino, con rango constitucional, estos elementos? ¿Fue justificado la reforma constitucional, añadiendo estas modificatorias al tipo penal?

Partiendo de estas preguntas se dividirá el análisis en dos partes; iniciando con la imprescriptibilidad y como esta establecida en el Ecuador, pasando al análisis de este controversial elemento frente al principio de legalidad, anclándolo con el derecho internacional y finalmente confrontándolo con el delito de peculado. La segunda parte, se enfocará en el juzgamiento en ausencia, primero en el ordenamiento ecuatoriano en su conjunto, para luego poder confrontarlo con el derecho a la defensa. Finalmente se realizará una confrontación entre la imprescriptibilidad y el juzgamiento en ausencia, buscando determinar si son contradictorios o se podría entender como elementos compatibles, o complementarios.

¹¹⁵ Albán Gómez, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*. Parte Especial. *Óp. Cit.* P. 142

LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DENTRO DEL ORDENAMIENTO ECUATORIANO

Como se analizó dentro del primer capítulo, la constitución de Sangolquí, trajo consigo una interesante reforma, la cual alteró por completo al ya *sui generis* artículo 257 del Código Penal, mismo que determinó que el delito de peculado (conjuntamente con otros delitos), es imprescriptible¹¹⁶; en otras palabras, la anulación de la posibilidad de no llegar a perseguir el delito por el paso del tiempo.

Esta reforma, como se desprende de las actas de la Asamblea, se efectuó buscando castigar a los funcionarios públicos que por actos de corrupción se encontraban prófugos; el representante Orlando Alcivar Santos¹¹⁷, señala que este es otro artículo que “contribuye a la lucha contra la corrupción”. Esta reforma nació como respuesta a los acontecimientos históricos suscitados años atrás, siendo los más importantes y mediáticos, pero sin ser los únicos, el derrocamiento y exilio del Ex Presidente Abdalá Bucaram¹¹⁸ y los escándalos conocidos como gastos reservados en el gobierno de Sixto Duran Ballén¹¹⁹. Estos hechos al parecer fueron el motivo de fondo por el cual, los asambleístas constituyentes de ese entonces decidieron adoptar este elemento vigente en el Derecho Internacional y aún con más fuerza en el Derecho penal Internacional, y plasmarlo dentro de la realidad ecuatoriana a través de la constitución.

¹¹⁶ Esta aseveración será analizada posteriormente.

¹¹⁷ Asamblea Nacional Constituyente 1998. Sesión Matutina de la Asamblea Nacional Constituyente. Acta N° 054. 6 de abril de 1998. P. 45.

¹¹⁸ Coló, Ignacio. “Abdalá Bucaram: el eterno retorno del “Loco”.” *La Nación*. 29 de Mayo de 2006. <<http://www.lanacion.com.ar/809819-abdala-bucaram-el-eterno-retorno-del-loco>> El periódico La Nación de Argentina, señala que: “Su gobierno apenas duró seis meses, se caracterizó por un alto nivel de corrupción y por la excéntrica personalidad de Bucaram, que planeó, entre otras cosas, contratar a Diego Maradona para la selección ecuatoriana [sic], que organizó pantagruélicas fiestas en la casa presidencial y que grabó un disco de rock durante su gestión”.

¹¹⁹ “El Retorno de Dahik.” *El Comercio*. 26 de diciembre de 2011. <http://www.elcomercio.com/editorial/RETORNO-DAHUK_0_615538515.html> El diario El Comercio de Ecuador manifestó en su editorial que: “El vicepresidente elegido en fórmula con Sixto Durán Ballén fue enjuiciado políticamente por un escandaloso caso de mal uso de gastos reservados admitidos por el propio funcionario.”

De la mano de esta reforma, el congreso ecuatoriano incluyó dentro de la Ley Orgánica de Contraloría General del Estado al artículo 73, el cual en su segundo inciso señala lo siguiente: “Las obligaciones civiles generadas como consecuencia de la comisión de delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, establecidos en sentencia judicial ejecutoriada, serán imprescriptibles”¹²⁰. De esta norma se desprende una modificación sobre la prescripción de las obligaciones civiles, conservando de manera indefinida, al Estado, el derecho para reclamar obligaciones derivadas de sentencias ejecutoriadas; cerrando de esta manera la situación jurídica que podría generarse a partir del cometimiento de un delito de peculado.

2.1.1. Prescripción como parte del Principio de Legalidad

El principio de Legalidad, nace como tal en 1776 en las Constituciones de algunos de los Estados Federados Americanos (Virginia¹²¹), posteriormente lo vemos en el Código Penal Austríaco de José II en 1787 y la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789¹²², siendo la base fundamental para que años después el Preußisches Allgemeines Landrecht (Derecho General del Territorio Prusiano) de 1794 lo tome como parte integral¹²³, y bajo este proceso evolutivo pueda extenderse a todo el mundo.

Dentro de la historia, hemos visto como regímenes totalitarios, tales como los de la ex URSS o el régimen nacionalsocialista alemán, eliminaron de su ordenamiento jurídico este principio, pero en la actualidad, a nivel nacional e internacional la doctrina y los legisladores, lo han consagrado como la base fundamental del derecho penal y del Estado

¹²⁰ Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Artículo 73. Registro Oficial Suplemento N° 595 del 12 de junio de 2002.

¹²¹ Declaración de Derechos de Virginia (EE.UU.). Artículos 8-11. 12 de junio de 1776 (se establecen las bases del debido proceso (juicio justo), prohibición de castigos crueles).

¹²² Declaración del Hombre y del Ciudadano (Francia). Artículos 5-9. 26 de agosto de 1789.

¹²³ Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trads. Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Vol. I. Madrid: Civitas, 1997. P. 142.

de Derecho de manera general. Es así como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1948¹²⁴, y en el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966¹²⁵ ha establecido al Principio de Legalidad como uno de sus pilares.

Bajo este principio se encuentra claramente la prescripción, la cual limita el ejercicio del poder punitivo estatal, que debe ser celosamente respetado para consolidar la vigencia plena de un Estado de Derecho¹²⁶; es así que, tanto la constitución de 1998, como la de 2008 establece que existe el derecho de toda persona a ser juzgada de acuerdo con la ley existente al tiempo de la comisión del acto considerado como delictivo.¹²⁷ La doctrina ha considerado la existencia de dos tipos de prescripción; por un lado, de la acción penal, la cual señala que la ley posee un tiempo de vigencia, vencido el cual opera la prescripción o renuncia obligatoria del Estado al perseguir al acusado en uso de su poder punitivo, generándose una garantía, de orden constitucional en nuestra legislación, de obligatorio cumplimiento¹²⁸, en otras palabras queda extinta la posibilidad de iniciar una acción en contra de una persona, por el transcurso de tiempo, aunque esta haya cometido un delito. El artículo 101 del Código Penal lo desarrolla de la siguiente forma:

En los delitos reprimidos con reclusión, cuyo ejercicio de acción es pública, de no haber enjuiciamiento, la acción para perseguirlos prescribirá en diez años; tratándose de delitos reprimidos con reclusión mayor especial, la acción para perseguirlos prescribirá en quince años. Tratándose de delitos reprimidos con prisión, la acción para perseguirlos prescribirá en cinco años. El tiempo se contará a partir de la fecha en que la infracción fue perpetrada.¹²⁹

¹²⁴ Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU). Artículos 10-11. 10 de diciembre de 1998.

¹²⁵ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU). Artículo 14. 16 de diciembre de 1966.

¹²⁶ Zambrano Pasquel, Alfonso. *Política Criminal*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L., 2009. P. 377.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ Código Penal. Artículo 101. Registro Oficial Suplemento No. 147 de 22 de enero de 1971.

Y por otro lado, la prescripción de la pena la cual no es más que la extinción de la posibilidad de que el sentenciado de un delito cumpla con la pena impuesta por el tribunal, por el transcurso del tiempo, en este sentido el artículo 107 del Código Penal dispone que: “Las penas privativas de la libertad, por delito, prescriben en un tiempo igual al de la condena, no pudiendo, en ningún caso, el tiempo de la prescripción ser menor de seis meses”¹³⁰. La prescripción, en este sentido se vuelve una garantía de seguridad jurídica, para la ciudadanía e implica una responsabilidad para los funcionarios públicos que intervienen en el proceso, ya que para no dejar impunes los delitos, se debe cumplir con términos y plazos legales establecidos, respetando el debido proceso y con ello garantizando seguridad jurídica.

Con la aseveración previa, nace la inquietud sobre cuál es el concepto de seguridad jurídica; el mismo podría resumirse en “el derecho a la justicia lograda en un procedimiento”¹³¹. Esta justicia engloba tanto a los derechos de las víctimas como de los acusados, y es en ese momento donde la prescripción toma fuerza, determinando que los acusados tienen el derecho a que se lleve un proceso ágil, vinculándose necesariamente con el derecho a la defensa como parte del debido proceso. Los plazos legales de persecución (prescripción), “no solo se conectan con razones negativas de auto sanción ante la lentitud burocrática del proceso, sino principalmente con sentido positivo dirigido a las agencias judiciales, para llevar a juicio a los imputados y resolver definitivamente su situación en un plazo razonable”¹³². En ningún momento esta relación sistémica de principios y garantías busca decirle al delincuente “por cuánto tiempo se tendrá que ocultar tras la comisión del hecho, para luego poder reaparecer a salvo”¹³³. Es garantizar a todos los ciudadanos una ágil administración de justicia y un castigo por un hecho que la sociedad busca sancionar.

¹³⁰ Código Penal. Artículo 107. Registro Oficial Suplemento No. 147 de 22 de enero de 1971.

¹³¹ Gozaíni, Osvaldo Alfredo. “El debido proceso en la actualidad”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* (2004). P. 59.

¹³² Zambrano Pasquel, Alfonso. *Política Criminal. Óp. Cit.* P. 380.

¹³³ Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Óp. Cit.* P. 165.

La prescripción no solo justifica su existencia bajo los preceptos antes indicados, doctrinarios como el profesor Zavala Baquerizo recuerdan que¹³⁴:

En defensa de la prescripción que con el transcurso del tiempo la persona se enmienda y si se considera que otro de los fines de la pena es la resocialización del condenado, o la adaptación social de éste, al ser ejecutada la pena después del transcurso de un largo tiempo, no cumpliría ninguna finalidad, pues ya el individuo ha demostrado que ha aceptado las normas sociales y jurídicas. El mismo argumento es válido cuando se habla de la prescripción del ejercicio de la acción o de la prescripción de la pretensión punitiva exhibida en el proceso penal, pues si éste, como lo hemos reiterado, tiene por finalidad la imposición de la pena, la tardía iniciación del proceso penal sería odiosa a la sociedad y ésta se daría la idea de que la ejecución de la pena sería un acto de venganza y no de protección jurídica.

Desarrollando lo señalado por el profesor Zabala, se entendería que al ser el objetivo del Sistema Penitenciario “la rehabilitación integral de los internos, proyectada hacia su reincorporación a la sociedad, y a la prevención de la reincidencia y habitualidad, con miras a obtener la disminución de la delincuencia”¹³⁵, lo que busca el sistema jurídico penal es que el ciudadano que ha cometido el delito sea condenado y una vez cumplida su condena se reincorpore a la sociedad, plasmando de esa manera la finalidad de la pena, “crear una oportunidad para la reforma de los delincuentes, a fin de que puedan retornar a la sociedad como personas útiles”¹³⁶. Si el sujeto no es condenado, ya sea por no haberse iniciado el proceso (prescripción de la acción), o por una demora en la culminación y sentencia del mismo, y este individuo, partiendo del principio de inocencia, actúa aceptando las normas sociales, se ha cumplido con la finalidad de la pena sin que se haya producido sentencia condenatoria, por lo que el producirla carecería de sentido.

Adicionalmente, el profesor Ernesto Albán Gómez, considera que “el tiempo transcurrido produce una disminución de los efectos morales del delito y de la alarma

¹³⁴ Zabala Baquerizo, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Vol. VII. Guayaquil: EDINO, 2006. P. 314

¹³⁵ Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social. Artículo 11. Registro Oficial Suplemento 399 de 17 de noviembre de 2006.

¹³⁶ Albán Gómez, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Parte General*. Óp. Cit. P. 269

social”¹³⁷, por lo tanto, si un delito es juzgado luego de un plazo demasiado extenso, deriva directamente en un juzgamiento sin trascendencia para la sociedad, el cual solo cabría en un sistema donde se busque la venganza estatal, con la reclusión del individuo.

En conclusión la prescripción podría entenderse como una institución que brinda seguridad jurídica a “situaciones que no han sido resueltas dentro de un plazo de tiempo determinado y que cada sociedad estima como razonable para investigar y condenar”¹³⁸. Por otro lado se convierte en una garantía del imputado, en virtud de que no será indefinidamente perseguido si no existen evidencias concretas en su contra, respetando la presunción de inocencia, y al mismo tiempo exigiendo al Estado actuar con mayor eficacia y eficiencia en la persecución penal. Estos antecedentes nos llevan a determinar que la importancia de la prescripción dentro del sistema jurídico radica en la seguridad jurídica, el debido proceso y el principio de legalidad, pilar fundamental del sistema jurídico y garantes del fin último del proceso, la justicia¹³⁹.

2.1.2. Imprescriptibilidad en el Derecho Internacional

Durante toda la historia de la humanidad han existido innumerables crímenes que por su crueldad han superado lo siquiera imaginable, es así como todavía esta viva en la memoria de la humanidad los crímenes del nacionalsocialismo alemán o las masacres de las dictaduras militares y civiles que azotaron y azotan algunas regiones del planeta.

El Estatuto de la Convención de Roma ha determinado que se trata de delitos “de trascendencia para la comunidad internacional”¹⁴⁰, los cuales trascienden fronteras y han sido estudiados por una rama del derecho conocida como Derecho Penal Internacional, el

¹³⁷ Albán Gómez, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Parte General*. Óp. Cit. P. 294

¹³⁸ Bernales Rojas, Gerardo. “La Imprescriptibilidad de la Acción Penal en Procesos por Violaciones a los Derechos Humanos”. *Revista Ius et Praxis* (2007). P. 265

¹³⁹ Prieto Monroy, Carlos Adolfo. “El Proceso y el Debido Proceso”. *Vniversitas* (2003). P. 823

¹⁴⁰ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Preámbulo. 17 de julio de 1998. Registro Oficial 153 de 25 de noviembre de 2005.

cual no es más que “el conjunto de todas las normas de Derecho internacional que establecen consecuencias jurídico-penales”¹⁴¹.; tanto el estatuto de Roma, como la propia doctrina han establecido que estos delitos “no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia”¹⁴².

Y frente a estos delitos aparece esta rama del derecho, la cual posee como un principio fundamental a la dignidad humana con una significación civilizadora y de alcance universal, ya que hoy en día “el interés humano se sitúa de este modo en el lugar supremo del orden de los valores, porque cada persona es un ser de fines y no un mero objeto o instrumento, con lo que la obligación *omnium y erga omnes* de respetar los derechos humanos fundamentales”¹⁴³. Es en este punto donde la imprescriptibilidad sale a la luz y se convierte en parte fundamental del procesamiento de estos delitos; para mi punto de vista, por dos razones, por un lado debido a que son “faltas que, para el derecho, son imperdonables, y que por eso no pueden ser olvidadas”¹⁴⁴; la comunidad internacional no concibe como moralmente correcto que los autores de los crímenes masivos o sistemáticos queden impunes, ya que “nuestro sentido de la moralidad o nuestra conciencia colectiva han proyectado el desarrollo de la responsabilidad humana a escala planetaria y esto ha afectado nuestra relación con el pasado y con el futuro”¹⁴⁵. Por otro lado, así como lo reconoce la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los

¹⁴¹ Aguilar Cavallo, Gonzalo. “Crímenes Internacionales y la Imprescriptibilidad de la Acción Penal y Civil: Referencia al caso Chileno”. *IUS ET PRAXIS* (2008). P. 151

¹⁴² Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Preámbulo. 17 de julio de 1998. Registro Oficial 153 de 25 de noviembre de 2005.

¹⁴³ Aguilar Cavallo, Gonzalo. “Crímenes Internacionales y la Imprescriptibilidad de la Acción Penal y Civil: Referencia al caso Chileno”. *Óp. Cit.* P. 153

¹⁴⁴ Arlettaz, Fernando. *Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad: una perspectiva latinoamericana*. Zaragoza, 2010. P. 2

¹⁴⁵ Aguilar Cavallo, Gonzalo. “Crímenes Internacionales y la Imprescriptibilidad de la Acción Penal y Civil: Referencia al caso Chileno”. *Óp. Cit.* P. 154

Crímenes de Lesa Humanidad¹⁴⁶, en su preámbulo “...la aplicación a los crímenes de guerra y a los crímenes de lesa humanidad de las normas de derecho interno relativas a la prescripción de los delitos ordinarios suscita grave preocupación en la opinión pública mundial, pues impide el enjuiciamiento y castigo de las personas responsables de esos crímenes”: estamos frente a un tema de orden procesal, al ser estos delitos muchas veces cometidos por personas con poder o en el poder, puede ser muy dificultoso o hasta imposible lograr investigar y procesar a los autores sino hasta cuando su poder decae o dejan de ser las máximas autoridades de un Estado, es por ello que un tiempo de prescriptibilidad degeneraría en una evidente impunidad, ya que tal como ocurre, los principales actores de los delitos se mantienen en el poder de manera muy prolongada siendo imposible juzgarles.

La imprescriptibilidad dentro del derecho penal internacional ha sido limitada “a los crímenes contra la humanidad, cometidos en tiempo de paz o de guerra”¹⁴⁷, por la gran conmoción social que generan y buscando que estos grandes delitos no quedasen impunes. En los últimos años, la doctrina del derecho penal ha visto nacer a dos teorías que defienden su aplicabilidad por un lado, la doctrina de lucha contra la impunidad, de gran aceptación en la opinión pública y por otra, la doctrina del derecho de la víctima al castigo del autor.

Para comprender la primera de las doctrinas, es necesario partir del concepto de impunidad, el cual se entiende como la “falta en su conjunto de investigación persecución captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de violaciones de derechos

¹⁴⁶ Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (ONU). Preámbulo. Adoptada en el pleno de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968. Ecuador no es signatario.

¹⁴⁷ Wilfredo Pedraza cit. en: Román, Marlene. *Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad; ¿y también de las violaciones a los derechos humanos? La posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima, 2008. P. 1.

protegidos”¹⁴⁸. Es por ello que surge esta doctrina con el objetivo de cumplir con el deber de los Estados y la Comunidad Internacional, así como lo determina el preámbulo del Estatuto de la Corte Penal Internacional, rechazando “los modelos de renuncia condicional a la atribución de responsabilidad penal (por ejemplo, si tiene lugar una confesión ante las comisiones de la verdad) o en las que se acepta una significativa atenuación condicionada de dicha responsabilidad”¹⁴⁹, en base a esto es que la doctrina de la lucha contra la impunidad determina que, en el caso de las violaciones a los derechos humanos estas son “inamnistiables, imprescriptibles e indultables”¹⁵⁰, negando de manera adicional el *double jeopardy*¹⁵¹ y el indubio pro reo.

Centrando el análisis en la prescripción, esta doctrina sostiene que la imprescriptibilidad de los delitos se sustenta en una compensación frente al hecho de que “durante un tiempo fue imposible perseguir los delitos, lo que es un fundamento suficiente para la suspensión del transcurso de los plazos de prescripción”¹⁵²; por ello, en búsqueda de eliminar la impunidad se determina que los delitos que afecten a los derechos humanos son de carácter imprescriptible.

¹⁴⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 26 de septiembre de 2006. Párr. 111.

¹⁴⁹ Silva Sánchez, Jesus-María. «¿Nullum Crimen Sine Poena? Sobre las doctrinas penales de la "Lucha contra la impunidad" y del "derecho de la víctima al castigo del autor".» *Derecho Penal y Criminología* XXIX.86-87 (2008). P. 153

¹⁵⁰ Silva Sánchez, Jesus-María. «¿Nullum Crimen Sine Poena? Sobre las doctrinas penales de la "Lucha contra la impunidad" y del "derecho de la víctima al castigo del autor".» *Derecho Penal y Criminología Óp. Cit.* P. 154

¹⁵¹ En latín *non bis in idem*. Una de las cláusulas incluidas en la quinta enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, prohibiendo que se condene dos veces a la misma persona por el mismo delito. Cornell University Law School. *Legal Information Institute*. 19 de agosto de 2010. 30 de julio de 2012. <www.law.cornell.edu/wex/double_jeopardy/>.

¹⁵² Silva Sánchez, Jesus-María. «¿Nullum Crimen Sine Poena? Sobre las doctrinas penales de la "Lucha contra la impunidad" y del "derecho de la víctima al castigo del autor".» *Derecho Penal y Criminología Óp. Cit.* P. 168

La doctrina del derecho de la víctima al castigo del autor, busca retribuir el dolor causado a la víctima y “restablecer la igualdad entre autor y víctima, rota por el delito”¹⁵³. Esta doctrina, no intenta partir del deseo de venganza de la víctima frente al autor, lo que busca es evitar la “prosecución del daño inmaterial que ha sufrido la víctima”¹⁵⁴, basándose en una teoría del derecho penal restaurativa, equilibrante o igualadora. Es de esta manera como se entiende a la figura de la imprescriptibilidad para delitos donde la víctima no ha podido equilibrar su situación y se mantiene en un estado de inferioridad (En el delito de genocidio, los familiares de las víctimas no pueden superar su situación y permanece en su memoria).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha tomado una postura muy interesante frente a este tema, en el caso Bulacio, consideró que “De acuerdo con las obligaciones convencionales asumidas por los Estados, ninguna disposición o instituto de derecho interno, entre ellos la prescripción, podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos”¹⁵⁵. Este caso no se trataba de un delito de lesa humanidad, pero la construcción de la Corte, va mucho más allá de la categorización del delito, estableciendo que se trató de un delito cometido en el “marco de una política sistemática y/o generalizada de violaciones a los derechos humanos”¹⁵⁶. En este mismo contexto Ziffer¹⁵⁷ sostiene que: “El sacrificio

¹⁵³ Silva Sánchez, Jesús-María. «¿Nullum Crimen Sine Poena? Sobre las doctrinas penales de la "Lucha contra la impunidad" y del "derecho de la víctima al castigo del autor".» *Derecho Penal y Criminología Óp. Cit.* P. 168

¹⁵⁴ Silva Sánchez, Jesús-María. «¿Nullum Crimen Sine Poena? Sobre las doctrinas penales de la "Lucha contra la impunidad" y del "derecho de la víctima al castigo del autor".» *Derecho Penal y Criminología Óp. Cit.* P.167

¹⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. párr. 117.

¹⁵⁶ Román, Marlene. *Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad; ¿y también de las violaciones a los derechos humanos? La posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima, 2008. P. 2.

¹⁵⁷ Ziffer, Patricia. cit. en: Román, Marlene. *Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad; ¿y también de las violaciones a los derechos humanos? La posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima, 2008. P. 2

de este principio sólo puede entrar en consideración en situaciones excepcionales, y frente a las cuales la imprescriptibilidad aparece como el único recurso para la persecución de delitos de gravedad extrema cometidos por regímenes políticos en forma masiva y sistemática”, determinando a su vez que es un error aplicar la imprescriptibilidad a toda violación de derechos humanos – como parece sugerirlo la jurisprudencia de la Corte Interamericana- constituye un error que, a largo plazo, destruye el sentido mismo de aquello que se pretende proteger”.

Frente al caso Albán Cornejo, la Corte Interamericana, consideró que “la prescripción de la acción penal es inadmisibles e inaplicable cuando se trata de muy graves violaciones a los derechos humanos en los términos del Derecho Internacional. (...)”¹⁵⁸, pero que en este caso “no opera la exclusión de prescripción, porque no se satisfacen los supuestos de imprescriptibilidad reconocidos en instrumentos internacionales”¹⁵⁹. Los requisitos a lo que se refiere la corte son la gran diferencia entre estos dos casos y deja muy clara cuál es la posición de la Corte Interamericana frente a la prescripción de los delitos. El primer caso “reviste especial gravedad por tratarse la víctima de un niño”¹⁶⁰, pero la diferencia más importante radica en que durante el proceso en la CIDH se probó la existencia en Argentina de una práctica permanente (en la época de la crímen) de detenciones policiales, llamadas razzias, las mismas que vulneraban derechos, principios y garantías como la libertad, presunción de inocencia¹⁶¹, etc, por lo que “era inadmisibles invocar alguna disposición de derecho interno, como la prescripción, para evitar la persecución y sanción de los responsables.”¹⁶²

¹⁵⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. párr. 111.

¹⁵⁹ *Id.* párr. 111.

¹⁶⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. párr. 133.

¹⁶¹ *Id.* párr. 137.

¹⁶² Román, Marlene. *Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad; ¿y también de las violaciones a los derechos humanos? La posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima, 2008. P. 5.

En el segundo caso estamos frente a una falta de celeridad y diligencia en el esclarecimiento y procesamiento del acusado, por lo tanto no se trató de “muy graves violaciones a los derechos humanos”¹⁶³, presentándose una acción a “escala o de manera sistemática”¹⁶⁴, dejando claro que este es el límite establecido, para considerar a un delito como prescriptible o imprescriptible, y que para la Corte Interamericana de Derechos Humanos se deben considerar como imprescriptibles a todas las violaciones de los derechos humanos que cumplan el requerimiento anteriormente establecido.

2.1.3. Aplicabilidad de la Imprescriptibilidad en el Delito de Peculado

El delito de peculado en el Ecuador se concibe como un delito imprescriptible desde 1998, y desde entonces surgen algunas dudas respecto a esta modificación procedimental constitucional ya que, siendo extremo positivistas, al tipo penal que se establece como imprescriptible es al peculado, refiriéndose, es base a la ubicación de la norma en la constitución, al peculado por apropiación, donde el sujeto activo es el funcionario público, pero la interrogante nace al considerar si se podría extender a los otros tipos de peculado. El espíritu del legislador, previamente señalado, fue atacar la corrupción dentro del ámbito público; con esta modificación la norma no buscaba cobijar a otros delitos, que como vimos son completamente diferentes. Frente a esta aseveración de carácter extremo positivista, Cueva Carrión, considera que si la constitución no realiza ninguna distinción, “ni establece excepción, nadie está autorizado para hacerlo.”¹⁶⁵, por lo tanto debe considerarse a la imprescriptibilidad como un elemento procesal de todos los delitos de peculado. Este tipo de dudas surgen de un proceso legislativo con fallas, donde se construyó un artículo con muchos parches, que no se engrana perfectamente en el sistema, dejando a la interpretación del juzgador, pudiendo darse el caso de incumplimiento del principio de legalidad.

¹⁶³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador. *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. párr. 111.

¹⁶⁴ Román, Marlene. *Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad; ¿y también de las violaciones a los derechos humanos? La posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima, 2008. P. 7.

¹⁶⁵ Cueva Carrión, Luis. *Peculado*. Vol. I. Quito: Ediciones Cueva Carrión, 2008. P. 347

La imprescriptibilidad se encuentra fundamentalmente limitada para los delitos atentatorios a los derechos humanos, que cumplan con condiciones de sistematicidad o escalamiento, así lo ha determinado la doctrina y jurisprudencia internacional, tal como se ha señalado previamente, buscando que esta excepción se mantenga como tal, y no se degenere hacia otros delitos, donde por la incapacidad y falta de celeridad de la justicia delitos han quedado impunes, un ejemplo es el caso previamente expuesto, Alban Cornejo y otros en contra del Ecuador¹⁶⁶, dentro del cual a pesar que el Estado reconociera la falta al no haber procedido con la extradición del acusado y con ello haber prescrito la acción, no se configuraron los elementos para que la corte considere posible la imprescriptibilidad del delito. En otras palabras esta excepción debe limitarse a casos extraordinarios, donde por su naturaleza deba estar presente la imprescriptibilidad para evitar la impunidad de los delitos.

La existencia misma, de la prescripción como fue señalado posee fundamentos lógicos, éticos y legales, por ello, la existencia de la imprescriptibilidad derivaría en un castigo “contraindicado a efectos preventivos, porque un proceso que se llevara a cabo con medios probatorios inidóneos sólo provocaría nueva intranquilidad social y no contribuiría en nada a la estabilización de la paz jurídica”¹⁶⁷. Frente a ésta justificación, la motivación de la existencia de la imprescriptibilidad, dentro del Derecho Internacional, como una búsqueda de justicia para los delitos más atroces que la comunidad internacional así lo considera. Con estas dos posturas, es indispensable entender si esta motivación puede conducir a que estos delitos sean imprescriptibles. Buscando enlazar a la imprescriptibilidad con el delito de peculado, se debe determinar si por la naturaleza del tipo penal, este necesita poseer esta característica o se trata de una injustificada violación a los derechos del acusado; en otras palabras será necesario determinar si para la realidad ecuatoriana los delitos como peculado, enriquecimiento ilícito, etc., son tan atroces como el genocidio, y así poder justificar que los mismos sean imprescriptibles.

¹⁶⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador. *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2007.

¹⁶⁷ Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Óp. Cit. P. 991

Para entender lo antes expuesto, hay que partir determinando que el peculado (por apropiación, bancario y financiero) lo puede cometer cualquier funcionario que posea la calidad de servidor público, servidor bancario, administrador o directivo de una institución financiera, no está determinando únicamente a los grandes e importantes funcionarios; es por ello que trasladando el tipo penal a la realidad se estaría conduciendo a una permanente intranquilidad de todos aquellos que alguna vez ocuparon un cargo por el cual manejaron fondos dentro de la administración pública o alguna institución financiera. Evidentemente este no fue el pensamiento del legislador constituyente en 1998, éste buscó que en el futuro no puedan quedar impunes los grandes delitos de peculado, esto principalmente por la conmoción social que había generado los escándalos de corrupción ocurridos años atrás; más lejos de alcanzar este objetivo ésta reforma claramente viola derechos y principios jurídicos establecidos. La solución para evitar la impunidad de estos delitos radica en la necesidad de tener una fiscalía, contraloría, superintendencias y una función judicial altamente técnica y proba, la cual pueda en menos de 20 años acusar sustentadamente por el delito y en menos de 12 llegar a emitir sentencia, respetando así los plazos de prescripción tanto de la acción como de la pena.

EL JUZGAMIENTO EN AUSENCIA DENTRO DEL ORDENAMIENTO ECUATORIANO

Como ya fue señalado previamente, la constitución de 1998, incluyó la posibilidad de juzgar en ausencia del imputado, el principio general, es que el acusado debe encontrarse presente al momento de su juzgamiento, para que tenga la plena capacidad de ejercitar su derecho a la defensa y con ello se garantice un debido proceso, por ello Albán Gómez considera que el juzgar sin la presencia del imputado genera una clara vulneración al derecho a la defensa¹⁶⁸. Bajo una reforma legal en el artículo 233 del código adjetivo penal, se determinó que:

¹⁶⁸ Albán Gómez, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Parte Especial. Óp. Cit.* P. 134

Si al tiempo de expedirse el auto de llamamiento a juicio, el procesado estuviere prófugo, el juez de garantías penales después de dictado dicho auto, ordenará se suspenda la iniciación de la etapa del juicio hasta que sea detenido o se presente voluntariamente, excepto en los procesos penales que tengan por objeto delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, en los que la continuación de la causa se realizará en ausencia del procesado.¹⁶⁹

Ratificando lo constitucionalmente establecido, el Código de Procedimiento Penal considera que los delitos de peculado, concusión y enriquecimiento ilícito, pueden ser juzgados sin importar la presencia o no del acusado, siendo una excepción construida buscando la sanción hacia los “políticos corruptos”, que desfalcaron al país en los años noventa.

Como vemos este elemento procedimental, genera la posibilidad de que un sujeto procesado por el delito de peculado pueda ser condenado a prisión, sin que él llegue a comparecer y ejercitar su derecho a la defensa. Frente a esta hipótesis, jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia¹⁷⁰ ha determinado que no existe violación al debido proceso al encontrarse presente un abogado defensor; por lo tanto, existiendo defensoría pública, se estaría respetando al debido proceso. A cara de este planteamiento jurisprudencial surge una interrogante respecto a que al no presentarse el acusado, este podría llegar a ser condenado sin siquiera enterarse del delito al que lo imputan; por ello, es cuestionable y debatible el pronunciamiento de la corte, ya que genera un sinsabor sobre la relación del juzgamiento en ausencia con el derecho a la defensa y consecuentemente con el debido proceso, ya que se presume que la presencia de un abogado, es garantía suficiente del derecho a la defensa. La realidad es que a través de estas consideraciones solo se busca “cubrir en apariencia la exigencia constitucional de que todo procesado ejerza de manera efectiva su derecho a la defensa”¹⁷¹.

¹⁶⁹ Código de Procedimiento Penal. Artículo 233. Registro Oficial Suplemento 360. 13 de enero de 2000.

¹⁷⁰ Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Penal. *Vicente Celestino Espinoza Flores y Carmen Elisa Martínez*. Expediente de Casación 304. Registro Oficial 675 del 2 de octubre de 2002.

¹⁷¹ Vaca Andrade, Ricardo. *El Juicio en Ausencia*. Acceso 2 de agosto de 2012. <www.analisisjuridico.com/publicaciones/el-juicio-en-ausencia/>.

2.1.4. El derecho a la defensa

El derecho a la defensa como lo señala Ferrajoli es una garantía de libertad¹⁷², el cual busca garantizar al acusado (partiendo del principio de inocencia), un proceso justo, que permite “al imputado hacer frente al sistema penal en un formal contradicción con igualdad de armas”¹⁷³. Este concepto trae consigo que sin libertad de defensa no puede haber juicio propiamente dicho¹⁷⁴, pues por medio de este derecho se van a ejercitar todos y cada uno de los actos lícitos encaminados a una cabal defensa dentro de un proceso¹⁷⁵.

Se puede entender dos dimensiones del derecho a la defensa¹⁷⁶. Por un lado, como un derecho de carácter subjetivo, cuyas características son la irrenunciabilidad y la inalienabilidad, la cuales no son más que la imposibilidad de que el acusado renuncie a ella y que su ejercicio corresponde únicamente al imputado o acusado, la cual no puede disponerse, o traspasándola a terceros. Por tanto el abogado del acusado no es quien ejercita el derecho a la defensa, es el acusado quien con la asesoría de un profesional ejercitar su derecho a la defensa. La segunda dimensión de este derecho, es mirarlo como garantía del proceso, ya que la presencia y su respeto absoluto se convierte en un requisito de validez del proceso.

El Tribunal Constitucional de Perú dentro de caso Silvestre Espinoza¹⁷⁷ planteó dos formas en las cuales el derecho a la defensa puede ejercitarse: de manera material, que es el

¹⁷² Espinoza Breña, Zaida Luisa. “La Vulneración del Derecho a la Defensa Contraviene el Debido Proceso Peruano”. 2005. 27 de julio de 2012.

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ Sánchez Viamonte. cit en: Espinoza Breña, Zaida Luisa. “La Vulneración del Derecho a la Defensa Contraviene el Debido Proceso Peruano”. *Óp. Cit.*

¹⁷⁵ Cubas Villanueva, Víctor. cit en: Espinoza Breña, Zaida Luisa. “La Vulneración del Derecho a la Defensa Contraviene el Debido Proceso Peruano”. *Óp. Cit.*

¹⁷⁶ Carocca Perez, Vicente. cit en: Espinoza Breña, Zaida Luisa. “La Vulneración del Derecho a la Defensa Contraviene el Debido Proceso Peruano”. 2005. 27 de julio de 2012.

¹⁷⁷ Tribunal Constitucional de Perú. Caso Silvestre Espinoza Palomino. Causa N° 1323-2002-HC/TC. 9 de julio de 2002.

derecho del imputado a ejercer su derecho a la defensa dentro de todo el proceso, “desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye una comisión de determinado hecho delictivo”¹⁷⁸, y de manera técnica o formal, que es el asesoramiento de un abogado durante todo el transcurso del proceso. Son estas dos formas del derecho a la defensa, la cuales deben ser respetadas y garantizadas a cabalidad por el Estado. En este contexto este mismo tribunal ha determinado que él no ser privado de este derecho, “constituye una de las condiciones indispensables para que un proceso judicial sea realizado con arreglo al debido proceso”¹⁷⁹ y con ello garantizando que el acusado se quede en indefensión.

2.1.5. El juzgamiento en ausencia frente al derecho a la defensa

Atando este planteamiento legal, doctrinario y jurisprudencial, con el juzgamiento en ausencia, vemos como evidentemente, se esta violentando el derecho a la defensa ya que el contar con un abogado, pero no con el imputado no asegura la comunicación previa, del acusado con su defensor, “a la realización de cualquier acto procesal, la cual debe extenderse aun a los periodos de incomunicación”¹⁸⁰, con lo que no garantizaría la defensa material del mismo ya que se eliminaría la posibilidad real de estar presente defenderse de las acusaciones presentadas por la fiscalía. Es por ello que tomar la aseveración jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, y utilizarla como precedente y respaldo para sostener constitucionalmente al juzgamiento en ausencia, no tiene sustento legal alguno y únicamente se esta garantizando una violación a los derechos humanos del acusado.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por el Ecuador, señala en su artículo 14 numeral 3 que: “3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito

¹⁷⁸ Tribunal Constitucional de Perú. Caso Silvestre Espinoza Palomino. Causa N° 1323-2002-HC/TC. 9 de julio de 2002.

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ Espinoza Breña, Zaida Luisa. “La Vulneración del Derecho a la Defensa Contraviene el Debido Proceso Peruano”. 2005. 27 de julio de 2012.

tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:¹⁸¹ Dentro de esas garantías mínimas en el literal d. se señala que: “a hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;”¹⁸²; por otro lado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, considera en su artículo 8¹⁸³ que todas y cada una de las personas tienen derecho a “ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley” de esta manera y en base al artículo 83 numeral 5, el cual dispone que “Son deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos, sin perjuicio de otros previstos en la Constitución y la ley: 5. Respetar los derechos humanos y luchar por su cumplimiento”¹⁸⁴; artículo 424 inciso segundo, que señala: “La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.”¹⁸⁵, se colige que el juzgamiento en ausencia, al estar prohibido por dos tratados internacionales de derechos humanos; siendo un deber de los ecuatorianos el respetar estos instrumentos internacionales y al reconocer tanto el Pacto como la convención derechos más favorables al acusado, su aplicabilidad es inmediata y directa en base al artículo 426¹⁸⁶ inciso tercero derivando en que en estricto derecho no se podría aplicar el juzgamiento en ausencia para ningún delito en el Ecuador.

¹⁸¹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU). Artículo 14. 16 de diciembre de 1966.

¹⁸² *Ibid*

¹⁸³ Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA). Artículo 8. 22 de noviembre de 1969.

¹⁸⁴ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 83. Registro Oficial 449. 20 de octubre de 2008

¹⁸⁵ *Id.* Artículo 424.

¹⁸⁶ *Id.* Artículo 426.

LA IMPRESCRIPTIBILIDAD FRENTE AL JUZGAMIENTO EN AUSENCIA.

A manera de cierre del capítulo, me permito plantear la existencia de, lo que quisiera calificar como, una contradicción, entre la imprescriptibilidad y el juzgamiento en ausencia.

Dejando de lado el carácter atentatorio a los derechos humanos, es interesante referirse a la motivación de colocar a estos elementos como parte del procedimiento para juzgar estos delitos. Se busca que el delito sea imprescriptible evitando que quien haya cometido este ilícito, huya y se esconda hasta que el delito haya prescrito, entendiendo que tendrían la capacidad de escapar antes de que se emita una medida cautelar. Por otro lado el juzgamiento en ausencia, partiendo del mismo punto, permite juzgar al acusado, aún cuando este haya desaparecido. En este punto se podría dilucidar una contradicción, pues si puedo juzgar al detenido sin estar presente, cuál es el motivo para que la acción sea imprescriptible. Para mi punto de vista, ninguno. En el caso de la prescripción de la pena tendría un sustento limitado, aunque no absoluto, ya que es misión de los organismos dedicados a la investigación hallar a los autores, cómplices y encubridores de los delitos.

3. CAPITULO III: APLICACIÓN DEL ART. 257 EN CASOS CONTROVERSIALES

Partiendo de legislación comparada, vemos como el Código Tejedor¹⁸⁷ trae una hipótesis clara respecto a este delito. El supuesto del uso para sí o para otro de los caudales que custodia o administra¹⁸⁸. Este tipo penal plantea que, para ser sujeto activo del delito, debe ser una persona que tenga como custodia o administración, caudales evidentemente públicos, por la naturaleza del delito. El abordar esta concepción del tipo penal a manera de introducción, nos guiará hacia el análisis que procederemos a realizar a continuación.

El análisis histórico y típico del artículo 257 del Código Penal , nos obliga a examinar como la Corte Suprema y Nacional de Justicia ha interpretado al artículo. El análisis jurisprudencial se centrará en relación a las reformas que han modificado al clásico delito de peculado por apropiación y han incluido dentro de su redacción a variantes del mismo; los denominados delitos de peculado bancario y financiero.

¹⁸⁷ Primer Código Penal de la República Argentina en 1886.

¹⁸⁸ Donna, Edgardo Alberto. *Derecho Penal Parte Especial*. Vol. III. *Óp. Cit.* P. 272

Se tratarán tres jurisprudencias referentes a la crisis bancaria, mismas que dieron paso al cierre de un gran número de instituciones financieras, buscando examinarlas, desde un punto de vista plenamente jurídico, alejado de la motivación política de cada una de estas para procurar ser lo más objetivos posible. Con este análisis se busca entender como los magistrados han logrado descomponer al tipo penal y aplicarlo a los casos concretos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. EXPEDIENTE DE CASACIÓN 312. CAUSA N° 210-2002-MG. REGISTRO OFICIAL 468 DEL 24 DE NOVIEMBRE DE 2004

Esta causa¹⁸⁹ recayó en un primer momento en el Tribunal Segundo de lo Penal de Pichincha, el cual dictó sentencia condenatoria contra el imputado Peñafiel Salgado imponiéndole una pena de 8 años de reclusión por la publicación dentro de un rotativo quiteño de información falsa respecto a la autorización y elevación de capital pagado del Banco de Préstamos S.A. trastocando la realidad financiera del antes mencionado banco¹⁹⁰. El Tribunal Cuarto de lo Penal, en virtud de que el imputado recurrió la sentencia, absolvió al referido ciudadano y determinando la inaplicabilidad del tipo penal previsto en el Art. 257 del Código Penal, considerando que éste, por supremacía constitucional solo es aplicable para los funcionarios públicos. Por medio del recurso de casación¹⁹¹ llegó el proceso a la Corte Suprema de Justicia, misma que dictó sentencia condenatoria en contra del imputado, analizando una serie de elementos relacionados con el tipo penal en cuestión.

Este caso ha servido como sustento jurisprudencial para diversos análisis de la corte, relacionados principalmente con la aplicabilidad o no del tipo penal para los directivos de las entidades bancarias, es por ello que es imperativo iniciar el análisis con esta controversial jurisprudencia.

¹⁸⁹ Juicio penal por peculado bancario que se siguió en contra de José Alejandro Peñafiel Salgado (Banco de Préstamos S.A.)

¹⁹⁰ Corte Suprema de Justicia. *Gaceta Judicial*. Número 14 Serie XVII. Enero –Abril de 2004. P. 4604

¹⁹¹ Ver Anexo 2

3.1.1. El Art. 257 se encuentra derogado.

La defensa del imputado consideró que el artículo 257 fue derogado por la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado¹⁹² al establecer en el numeral primero del artículo 99 la derogatoria expresa del Título XI de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control¹⁹³, el cual señalaba que “el artículo 396, que integra dicho Título XI, contiene los textos sustitutivos de los artículos 257, 258 y 259 del Código Penal, referentes al delito de peculado, los mismos que, en consecuencia -dice- se hallan derogados”¹⁹⁴. Por ello y en base a que el inciso tercero del artículo 2 del Código Penal, dispone, que: "deja de ser punible un acto si una ley posterior a su ejecución lo suprime del número de las infracciones". El imputado no puede ser juzgado ni condenado por el delito de peculado.

Buscando clarificar esta aparente derogatoria, el pleno de la Corte Suprema de Justicia se ve obligado a expedir la Resolución N° 1¹⁹⁵, donde el pleno declara que: “el artículo 99 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado no afecta la plena vigencia del artículo 257 del Código Penal, de sus reformas y de los artículos agregados a continuación”¹⁹⁶.

De esta manera la Corte deja sin sustento al argumento de la defensa del procesado. Kelsen, “sitúa en el vértice de la pirámide jurídica no un poder supremo del cual derivan su validez todas las normas del sistema, sino una norma suprema que legitima a todos los poderes del sistema, incluido el máximo poder o poder originario, permitiendo su

¹⁹² Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Registro Oficial Suplemento N° 595 del 12 de junio de 2002

¹⁹³ Ley Orgánica de Administración Financiera y Control. Decreto Supremo No. 1429. Registro Oficial N° 337 de 16 de mayo de 1977

¹⁹⁴ Corte Suprema de Justicia. Expediente de casación 312. Registro oficial N° 468 del 24 de noviembre de 2004

¹⁹⁵ Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1. Registro Oficial 604 de 25 de junio de 2002

¹⁹⁶ Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1. Registro Oficial 604 de 25 de junio de 2002

consideración como autoridades jurídicas”¹⁹⁷. Y es por ello que, conjuntamente con el principio de supremacía constitucional, se debe entender primero a la Constitución, para luego desarrollar las demás normas inferiores. La resolución busca blindar la existencia de este tipo penal: en esta ocasión vemos como errores legislativos obligan a correcciones posteriores con el fin de no dejar impunes los delitos.

3.1.2. Únicamente los funcionarios públicos pueden ser sindicados por el tipo penal del artículo 257.

El argumento presentado por la defensa, el cual fue acogido por el Tribunal Superior en el fallo absolutorio consideró que:

El accionar de José Alejandro Peñafiel Salgado, no se adecua al tipo previsto en el artículo 257 del Código Penal considerando que esta norma no es aplicable entre otras razones jurídicas porque la Constitución Política de la República¹⁹⁸ en su artículo 121 exige que la apropiación indebida de fondos, bienes o recursos públicos y que en tal apropiación haya intervenido el sujeto inculcado a título de funcionario público o las personas determinadas en dicha norma constitucional; y , que quienes no tengan esas calidades solo podrán inculparse por el delito de peculado, cuando ha participado en el delito cometido por un funcionario público.¹⁹⁹

De este argumento nace la pregunta. ¿La constitución llevo a modificar esta norma respecto a los sujetos que no eran empleados públicos? El artículo 121 de la constitución se encuentra bajo el Título V, referente a las instituciones del Estado y la función pública y bajo el Capítulo II de la Función Pública. Por lo que describe el Título y el Capítulo bajo el cual se halla el artículo, este es aplicable únicamente para la función pública y al no ser el Banco de Préstamos parte de la administración pública no sería aplicable a estas entidades. Bajo un análisis a *prima face* se podría decir que efectivamente se ha modificado, pero se

¹⁹⁷ Hans Kelsen cit. en: Cuenca Gómez, Patricia. “La relación entre el derecho y el poder en la teoría pura del derecho de H. Kelsen”. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*. 2010.

<<http://www.pensamientopenal.com.ar/16092009/filosofia01.pdf>>

¹⁹⁸ Constitución de la República de Ecuador. Registro Oficial N° 1 del 11 de Agosto de 1998.

¹⁹⁹ Corte Suprema de Justicia. Expediente de casación 312. Registro oficial N° 468 del 24 de noviembre de 2004

da una reforma legal ampliando el contenido de este artículo en 1999²⁰⁰, demostrando que en ningún momento la norma se llegó a derogar; al contrario la Constitución únicamente reafirma la responsabilidad de los dignatarios de elección popular, funcionarios, empleados y en general de los servidores públicos²⁰¹.

3.1.3. Reforma es posterior en el tiempo

Uno de los elementos más importantes de análisis es determinar si el Presidente de la entidad financiera puede ser sujeto activo de este tipo penal. El mismo considera como posible autor, en el caso de las entidades bancarias, a cualquier servidor de una entidad bancaria, en un primer momento (hasta antes de la reforma de 1999). Por ello es determinante entender el concepto de servidor.

La defensa del imputado planteó que la corte no debía entender al presidente de la institución financiera como servidor del banco y por ello plantea que el juzgamiento se está dando con una ley posterior al cometimiento del acto, *nulla poena sine lege*. Para poder considerar a los altos funcionarios de las entidades bancarias como posibles sujetos activos del delito:

El Congreso Nacional se vio obligado a reformar el texto del artículo 257 del Código Penal, y para ello dictó la Ley Nro. 99-26, publicada en el Registro Oficial N° 190 de 13 de Mayo de 1999, por lo que, solamente después de la reforma del 13 de Mayo de 1999, los funcionarios de los bancos (sic) privados pueden ser juzgados por el delito tipificado en el artículo 257 del Código Penal, siendo inconstitucional e ilegal aplicar las reformas contenidas en la ley 99-26 expedida en 1999, con carácter retroactivo, sobre actuaciones realizadas en agosto de 1998.²⁰²

²⁰⁰ Ver Pie de Página N° 38

²⁰¹ Corte Suprema de Justicia. Expediente de casación 312. Registro oficial N° 468 del 24 de noviembre de 2004

²⁰² Corte Suprema de Justicia. Expediente de casación 312. Registro oficial N° 468 del 24 de noviembre de 2004

Efectivamente, hasta antes de esta reforma los servidores de las entidades bancarias eran los únicos imputables.

La Corte Suprema de Justicia, argumentó que el presidente de la entidad bancaria, es servidor de la misma, por lo tanto su actuación se adecúa al tipo penal del artículo 257 del Código Penal vigente. Los magistrados consideraron:

[...] esta ampliación del sujeto incriminable de peculado bancario. No significa que recién el 12 de mayo de 1999 se hubiere tipificado como peculado el abuso de los fondos encargados al manejo de un administrador bancario, cuando lo cierto es que, desde la Reforma al Código Penal publicada en el Registro Oficial de 23 de octubre de 1941, los empleados de los bancos son sujetos del delito de peculado, y desde la reforma promulgada en el Registro Oficial de 16 de mayo de 1977, son reos de peculado todos los “servidores” de los bancos estatales y privados (no sólo los empleados) que abusen de los fondos que manejen²⁰³.

La corte toma el concepto coloquial, “vulgar y errado”²⁰⁴ de servidor y lo entiende sin un análisis etimológico, es así que considera que toda persona que trabaje²⁰⁵ en un banco es servidor del mismo. Técnicamente el servidor se debe entender como subordinado, con límites determinados y responsabilidad limitada dentro del cargo que desempeña, pero el administrador o ejecutivo posee una responsabilidad sobre toda la institución. Si nos ceñimos a lo que señala el diccionario de la Real academia de la Lengua es “una persona que sirve como criado, persona adscrita al manejo de un arma, maquinaria o de otro artefacto”²⁰⁶. El servidor actúa dentro de los límites de su cargo y como elemento medio o bajo dentro de la escala jerárquica de la institución.

²⁰³ Corte Suprema de Justicia. Expediente de casación 312. Registro oficial N° 468 del 24 de noviembre de 2004

²⁰⁴ Cueva Carrión, Luis. *Peculado*. Vol. II. *Óp. Cit.*. P. 139

²⁰⁵ Planteándolo de manera coloquial.

²⁰⁶ Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima segunda edición. 2001. 01 de Junio de 2012. <http://buscon.rae.es/draeI/>.

Si se analiza la reforma de 1999, con la inclusión de estos sujetos, se puede entender que cada uno difiere del otro conceptualmente. Los funcionarios, en base a la Ley Reformativa a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero²⁰⁷ en el artículo siguiente al 131, “son aquellas personas que ya sea en relación de dependencia, o bien como apoderados, asesores o a través de la prestación de servicios tengan a su cargo, individual o conjuntamente, la aprobación o instrumentación de las operaciones activas o contingentes de la institución financiera”. El administrador, para Cabanellas²⁰⁸, es el que cuida, dirige y administra los negocios de otro. Siendo la administración el verdadero mandato, el administrador no es más que el mandatario con sus obligaciones y derechos. Los ejecutivos, en base al diccionario de la Real Academia de la Lengua, son “personas que forman parte de una comisión ejecutiva o que desempeña un cargo directivo en una empresa”²⁰⁹. El empleado, es “un asalariado, subalterno o dependiente, es un sujeto que dentro de la jerarquía de la institución ocupa la escala inferior”²¹⁰. Finalmente los miembros o vocales de los directorios o consejos de administración, están a cargo de la administración de las instituciones del sistema financiero, conforme al estatuto de la entidad, no nos encontramos frente a trabajadores del banco sino a personas designadas para direccionar las políticas de la institución. Como observamos con esta reforma se cubre a todas las personas que tienen un involucramiento directo con la institución privada.

Por lo antes expuesto el legislador reformó la ley buscando que la misma llegase a establecer como posibles sujetos activos a los directivos de las instituciones financieras, demostrando que antes del 13 de mayo de 1999, únicamente los servidores (trabajadores medios y bajos) eran quienes podían ser sujetos de peculado al tener la interacción directa con el dinero entregado por los depositantes hacia la institución financiera principalmente.

²⁰⁷ Ley Reformativa a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero. Registro Oficial Suplemento N° 319 del 16 de noviembre de 1999

²⁰⁸ Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Óp. Cit.

²⁰⁹ Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Óp. Cit.

²¹⁰ Cueva Carrión, Luis. *Peculado*. Vol. II Óp. Cit. P. 172

3.1.4. Calificación del sujeto activo

Del propio análisis de la corte se desprende que es indispensable para la calificación como Sujeto activo del imputado: “a) el Ser el imputado servidor de un banco estatal o privado; b) Tener por razón de su cargo el manejo de los fondos del banco; y, c) Haber abusado de esos fondos, mediante desfalco, disposición arbitraria, o cualquier otra forma semejante”²¹¹.

El documento que la fiscalía presenta para determinar al ciudadano Peñafiel como sujeto activo del Delito, es el Estatuto Social del Banco de Préstamos S.A. donde se establece que como facultad del Presidente del Banco, esta manejar los fondos del mismo. De esta manera la Corte considera, sin percatarse a profundidad del significado de servidor, que se cumplen con las condiciones para ser Sujeto Activo del delito, ya que como fue señalado poseía la capacidad del manejo de fondos y se encontraba dentro de la entidad bancaria laborando.

3.1.5. Conclusión

Estamos frente a una jurisprudencia que marca una serie de sentencias en contra de ex presidentes y directivos de los bancos cerrados, como se puede observar dentro del análisis de la corte nos encontramos con un error conceptual profundo ya que es diferenciable técnicamente el servidor de los administradores o directivos de la institución financiera, la función judicial confundió estos conceptos y declaró como culpable a un sujeto que pegado a derecho no podía ser sindicado por este delito.

En base al principio de legalidad, el cual “presupone que en el proceso penal” las normas “se van a aplicar tal y como el Derecho material las dispone, es decir, según la

²¹¹ Corte Suprema de Justicia. Expediente de casación 312. Registro oficial N° 468 del 24 de noviembre de 2004

legalidad jurídico- material”²¹². No se puede atentar contra los derechos del imputado, sea cual sea este, actuando en contra del principio de legalidad. *Nulla poena sine lege*.

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. PRIMERA SALA DE LO PENAL.
EXPEDIENTE DE CASACIÓN 292. REGISTRO OFICIAL 203 DEL 21 DE
OCTUBRE DE 2011**

Esta jurisprudencia²¹³ presenta un recurso de revisión²¹⁴ ante una controversial y discutida sentencia, referente a los directivos y ejecutivos del Banco Popular. El recurso fue presentado por 3 ex miembros de la junta directiva de esta entidad financiera, los cuales fueron previamente sentenciados a ocho años de reclusión mayor ordinaria por la Segunda Sala de la Corte Suprema de Justicia. La sentencia recurrida los calificó como autores del delito de peculado bancario, considerando que “el delito de peculado bancario se encontraba tipificado y sancionado al momento de la disposición arbitraria de los fondos de los depositantes²¹⁵. El recurso modifica esta sentencia absolviendo a los imputados dentro de un análisis que será desplegado a continuación.

Previo a ingresar al análisis de la jurisprudencia como tal, es necesario entender el recurso presentado. En palabras del profesor Juan José González Bustamante estamos frente a “Medios de impugnación otorgados a las partes para atacar las resoluciones judiciales que les causen agravio, con el fin de que se haga un nuevo examen de la resolución impugnada. Su naturaleza jurídica se funda en la necesidad de corregir las providencias torcidas y de reparar el derecho violado”²¹⁶. Por ello se puede entender como

²¹² Hassemer, Winfried. “La Persecución Penal: legalidad y oportunidad”. *Revista de Derecho Penal*. 2002. P. 70

²¹³ Corte Nacional de Justicia. Primera Sala de lo Penal. Recurso de revisión en contra de la Sentencia de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia del 16 de abril de 2008. Expediente de Casación N° 143. Registro Oficial N° 111 del 28 de enero de 2011.

²¹⁴ Ver Anexo 3

²¹⁵ Corte Nacional de Justicia. Segunda Sala de lo Penal. Corte Suprema de Justicia. Expediente de Casación n° 143. Registro Oficial Suplemento N° 111 del 28 de enero del 2011.

²¹⁶ Juan José González Bustamante, cit. en: Zambrano Pasquel, Alfonso. *Manual de Practica Procesal Penal. Óp. Cit.* P. 393.

un recurso extraordinario del proceso dentro de la cual se busca atacar a la cosa juzgada y realizar un nuevo análisis de la sentencia en base a las causales determinadas por la ley. Es una respuesta a “la preocupación frente al contenido de una sentencia condenatoria a firme, que como epílogo de la tragedia procesal que es en ocasiones el juicio penal, se dicta en desarmonía con la prueba actuada, sumada a la posibilidad histórica de que aparecieran elementos post condenatoriamente, que lleven al convencimiento de reparar el error judicial procesal cometido”²¹⁷.

Es indispensable señalar que la sentencia recurrida basa su argumento en la jurisprudencia revisada en el punto anterior y considera a los miembros del directorio como servidores de la institución.

3.1.6. Fundamentos tomados por la Defensa en el Recurso de Revisión

La defensa de los imputados planteó dos puntos fundamentales los cuales sustentan el recurso. El primer elemento que compete analizar es el siguiente:

[...] el juzgador incurrió en error al momento de realizar el análisis en la sentencia respecto a la adecuación de la conducta que se les imputa a ellos cuando actuaron como miembros del Directorio del Banco Popular del Ecuador, frente a la integración jurídica del tipo penal del peculado, al inferirse en forma equivocada que dicha actuación equivale a una supuesta disposición arbitraria de fondos.

Esta imputación se realiza por la participación de los miembros del directorio en la sesión del 17 de junio de 1998, donde a juzgar de la corte se decidió y se consumó la disposición de fondos a través de diversas operaciones crediticias y financieras de manera general.

Tomando en cuenta los elementos subjetivos del tipo penal, los cuales ya fueron analizados en el capítulo previo, podemos plantear la calificación del sujeto activo, en base

²¹⁷ Zambrano Pasquel, Alfonso. *Manual de Práctica Procesal Penal*. Óp. Cit. P. 391

a su calidad o condición; en este caso distinguiendo a quienes ejercen la función de miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de las instituciones del sistema financiero. Por lo que se puede esbozar la duda de la aplicabilidad del tipo penal en base a que la reforma donde se incluyó esta calidad al sujeto activo es de 1999, posterior al cometimiento de estos delitos. La segunda sala de la Corte Suprema de Justicia, consideró que el articulado era plenamente válido, por lo que los sindicatos si podían ser sujetos activos de este delito, señalando lo siguiente: “El delito de peculado para los administradores bancarios incluyendo los directorios de los bancos, se encuentra vigente en realidad desde 1837”²¹⁸, este señalamiento lo hacen tomando como fuente a la Jurisprudencia donde se consideró como culpable del delito de peculado bancario al señor Alejandro Peñafiel Salgado, la misma sentencia que fue analizada anteriormente.

Los recurrentes señalan que lo argumentado por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, no posee asidero legal y que ellos no pueden ser considerados como sujetos activos del delito, en base a que la calidad que ostentaban al momento de la producción del delito no fue la de servidores de la institución financiera, por lo que no tenían un acceso directo conforme a su cargo como lo exige el tipo penal.

3.1.7. Análisis de los fundamentos presentados por la defensa por parte de la Corte

La corte decide realizar una apreciación doctrinaria determinando que para señalar la responsabilidad de un imputado debe adecuarse la conducta a los “tres elementos del tripartito penal (conducta típica, antijurídica y culpable)”²¹⁹, por lo que se puede considerar que este delito es una figura típica dolosa, que exige como característica *sine qua non* el abuso de los recursos públicos o privados, para disponer de ellos de manera arbitraria. El beneficio puede ser propio o para un tercero. En el presente caso, la corte determinó que “a

²¹⁸ Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Penal. Expediente de Casación N° 143. Registro Oficial Suplemento N° 111 del 28 de enero de 2011.

²¹⁹ Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Penal. Expediente de Casación N° 292. Registro Oficial 203 del 21 de Octubre de 2011

quien se le atribuye el juicio de reproche (procesados), ni realizaron acto injusto alguno, ni tuvieron intención de aprovecharse fraudulentamente de valores pertenecientes al Banco Popular.²²⁰, si no existe ese provecho, no se puede entender la existencia del delito de peculado²²¹.

Procediendo con el análisis la corte trae a colación el principio *nulla poena sine lege*, donde consideró la inexistencia de la imputabilidad a los directivos de las entidades bancarias previas a la reforma de 1999.

3.1.8. Resolución del Recurso de Revisión

La corte determinó que para la fecha donde se produjo la reunión del Directorio del Banco Popular, en la que se aprobó la transacción entre Ceval y West Merchant Bank, no existía dentro del ordenamiento jurídico el delito de peculado bancario para personas que no fuesen servidores de dicha institución, y es por ello que la Sala determina que se han probado las causales invocadas por los recurrentes en los recursos presentados y con ello declaran el estado de inocencia y, absuelven a Salomón Gutt, Fernando Armendáriz Saona, Francisco Rosales Ramos, y Rubén Ordóñez Villacrés.

3.1.9. Conclusiones respecto a los argumentos desarrollados en la Jurisprudencia

Los recurrentes fueron declarados por la Segunda Sala de la Corte Suprema de Justicia como culpables y con ello sentenciados a ocho años de reclusión. En base al art. 360 causales 2 y 4 del código de procedimiento penal²²² tres de los sindicados interpusieron el recurso de revisión y con respaldo en las causales 2, 3, 5 y 7 fue interpuesto por Fernando Armendáriz Saona. Para el análisis de dicha jurisprudencia dividiré la misma en dos puntos;

²²⁰ Corte Nacional de Justicia. Primera Sala de lo Penal. Expediente de Casación N° 292. Registro Oficial Suplemento 203 de 21 de Octubre de 2011

²²¹ Albán Gómez, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Parte Especial. Óp. Cit.* P. 129

²²² Código de Procedimiento Penal. Artículo 360. Registro Oficial Suplemento 555 de 24 de Marzo de 2009.

por un lado, determinar si el comportamiento de los imputados se adecúa al tipo penal del artículo 257 del Código Penal y por otro lado la imputabilidad de los directivos como sujetos activos de este delito.

El peculado exige una conducta dolosa (como ya fue analizado previamente), lo que significa que los imputados debían tener el conocimiento y la voluntad para realizar el acto de abuso de los fondos, de los hechos del caso, la propia corte considera, contrario a lo señalado por el dictamen fiscal, que no existió voluntad de actuar conforme al tipo penal. La fiscalía por su parte señala que ha sido comprobado la voluntad y conciencia de realizar la transacción entre Ceval y West Merchant Bank y por ello se adecúa el comportamiento al tipo penal. La corte rechaza el planteamiento de la fiscalía determinando la ausencia de dolo en su actuación que en palabras de Muñoz Conde “es la conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo del delito”²²³, lo que se asimila en gran medida a lo que consideran doctrinarios ecuatorianos como Albán Gómez²²⁴ al señalar que es “el designio de causar daño”²²⁵. Analizando la prueba y valorándola conforme a la sana crítica, determino que no existió dolo por parte de los imputados.

El segundo elemento del análisis efectuado por la corte se remite a la imputabilidad a los miembros del directorio del banco. Para adecuarse al tipo penal, en 1998²²⁶ era indispensable que el sujeto sea un servidor bancario, que tenga (por su cargo) disposición de los fondos sobre los cuales recae el verbo rector, abusar. Si el concepto servidor bancario incluyese a los miembros del directorio de la institución financiera, ¿cuál fue el motivo por el cual los legisladores en el Congreso Nacional (1999), decidieron reformar el articulado de este tipo penal?

²²³ Muñoz Conde, Francisco. *Teoría General del Delito*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1989. P. 186

²²⁴ Tomando el concepto del Código Penal vigente en el Art. 14

²²⁵ Albán Gómez, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Parte General. Óp. Cit.* P. 196

²²⁶ Ver la reforma de 1999 en el punto 1.1.8

De las propias actas, dentro del segundo debate de la reforma, el autor del proyecto²²⁷ de ley, señala que el corazón de la propuesta estaba en controlar al accionista o administrador que incidía en las decisiones de un banco para su único provecho²²⁸. Con lo antes señalado se puede concluir que bajo la lupa del legislador estos “altos directivos” no se encontraban catalogados dentro de los posibles sujetos activos de este tipo penal, al contrario su inclusión era indispensable, tomando las palabras de el ex legislador Enrique Camposano Nuñez, dentro de su intervención en este debate supo manifestar que “A los banqueros hay que cogerlos toditos y quemarlos a toditos sin excepción, porque se han reído del país, se han burlado”²²⁹. Con estas dos muestras queda en evidencia que la reforma legal buscaba incluir como sujetos activos del delito a todas las personas que tenían relación directa con el banco, sean estos funcionarios medios, altos o directivos.

La doctrina ecuatoriana considera la vigencia de la ley penal a partir de su promulgación hacia el futuro, sin efecto retroactivo. “esto quiere decir que la ley penal con la que se debe juzgar un delito es la que rige en el momento en el que el delito se comete”²³⁰. En el caso de no existir ley penal que cubra la actuación de determinado sujeto, queda en evidencia que para la sociedad, la cual transmite su voz a través de los legisladores, no es una actitud delictuosa la cometida por el sujeto, por lo que no puede ser sancionada. Dentro del proceso al cometerse la supuesta infracción, los sujetos imputados no podían ser sindicados por no encajar con el tipo penal (sujeto activo), y con ello no cumplir con los tres requisitos para constituir un delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad). Esta irretroactividad posee una excepción en base al principio *indubio pro reo*²³¹, aplicando la norma más favorable al imputado, por lo que quedaría claro que no eran imputables los acusados.

²²⁷ Legislador Guillermo Landázuri

²²⁸ Sesión Matutina Permanente de Congreso Ordinario. N° Acta N° 76 B. Congreso Nacional del Ecuador. 30 de Marzo de 1999. P. 20.

²²⁹ *Ibid.*

²³⁰ Albán Gómez, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Parte General. Óp. Cit.* P. 90

²³¹ *Id.* Pp. 90-91

Por lo antes expuesto no es posible considerar que los ex miembros del Directorio del Banco Popular, en base al principio de legalidad, como culpables del delito tipificado en el artículo 257 del Código Penal .

Existe un elemento el cual la corte no analizo a profundidad y es la conexión directa que debe existir entre el sujeto y el dinero en función del cargo, esto quiere decir que el sujeto activo debe tener la capacidad de apropiarse (verbo rector) del dinero en razón de su cargo, siendo un servidor de la entidad financiera. Por lo que queda en el aire el determinar si existe posibilidad de apropiación por parte de un miembro de la junta directiva, sin ser este un sujeto que tiene acceso directo al dinero, como en el caso de un cajero.

Para finalizar me es imperativo recordar el objeto del proceso penal, el cual no es el de castigar al delincuente sino el de garantizarle un juzgamiento justo, ágil y oportuno.

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL.
CAUSA N° 421- 2010.**

La última sentencia en análisis, tiene fecha 10 de abril de 2012 y fue incoada por el Estado en contra de Roberto Isaías Dassum y otros, conocido como el caso Isaías. El caso recayó en la Corte Suprema de Justicia²³² ya dentro de los imputados se encontraban el ex Superintendente de Bancos Jorge Egas Peña y el ex presidente del Directorio del Banco Central del Ecuador, los cuales gozaban de fuero de Corte Suprema por el inciso sexto del art. 174 de la actualmente derogada ley general de instituciones financieras de 1994.

El proceso se llevo cabo con el Código de Procedimiento Penal de 1983²³³ estableciéndose que luego de haberse confirmado el auto de llamamiento a juicio plenario, la sustanciación del mismo debía retornar a uno de los magistrados. Teniendo todos los miembros de la Corte Nacional de Justicia jurisdicción y siendo plenamente competentes en

²³² Ver Anexo 4

²³³ Código de Procedimiento Penal. Registro Oficial 511 de 10 de junio de 1983.

razón de la materia y del fuero, se produjo un sorteo determinando que el Dr. Wilson Merino Sánchez, sea el juez ponente de este proceso como miembro de la sala penal conformada de manera aleatoria.

Previo a auto de llamamiento a juicio plenario, existieron una serie de trabas políticas y jurídicas, cambios de magistrados y presiones tanto porque se resuelva como porque se archive. Dentro de estas particularidades es importante resaltar lo sucedido en noviembre del 2003 cuando la ex ministra fiscal, Mariana Yépez, desestimó la acusación por peculado sustentada por el ex magistrado Armando Bermeo y acusó por el delito de falsificación de documentos, bajo la siguiente consideración:

Por lo anteriormente analizado, y por encontrarse cumplidos los presupuestos de los artículos 167 y 215 del Código de Procedimiento Penal, toda vez que se ha justificado conforme a derecho las infracciones acusadas y existen presunciones graves de responsabilidad en contra de los sindicados ROBERTO ISAÍAS DASSUN, WILLIAM ISAÍAS DASSUN, JUAN FRANCISCO PORRAS, GASTÓN GARCÍA GONZÁLEZ, LEONARDO NAVAS BANCHÓN, DANIEL RODRÍGUEZ GALARZA, ANTONIO ARENAS C.; y señora MARÍA DEL CARMEN DE MORLA, los acuso de ser autores de los delitos tipificados en el numeral tercero del artículo 363 y 364 del Código Penal, en concordancia con los artículos 128, literal a) y 131, literales a), b) y d) de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.²³⁴

En esa ocasión el juez Bermeo rechazó ese dictamen y mantuvo la acusación por peculado (antes del Código de Procedimiento Penal de 2001 el juez era quien acusaba y el fiscal solamente se limitaba a dar aviso de un supuesto delito, sin ser este aviso vinculante). El cambio de figura se daba, según la ex Fiscal General del Nación porque no se había dado aún la reforma al Código Penal donde se incluyó dentro del delito de peculado a los administradores de los bancos. En declaraciones dadas para radio Sucre supo manifestar que “No acusé de peculado, porque no había disposición arbitraria de dineros, sino por falsificación de firmas por contravenir ciertas disposiciones del Código Penal y a la Ley de Código Penal. No todo delito es peculado, aunque se creó un imaginario de que debe ser

²³⁴ Yépez de Velasco, Mariana. Ministra Fiscal General del Estado. Dictamen Fiscal. Causa N° 57-2000. 20 de noviembre de 2002.

peculado”²³⁵. Esta controversial situación se vivió no solo en el año 2003, posteriormente a inicios de 2010 cuando los conjuces de la primera sala penal de la Corte Nacional de Justicia (CNJ) decidieron acoger lo planteado años atrás por la ex Fiscal General, esta decisión fue revocada por la misma corte y se mantuvo la acusación por peculado.

Con este antecedente y luego de más de diez años de la crisis bancaria, se produce la primera sentencia dentro del Caso “Filanbanco”, la cual condena al Roberto Isaías, William Isaías, Juan Franco Porras, Gastón García González, Leonardo Navas Banchón y Antonio Arenas a ocho años de reclusión ordinaria como autores del delito de peculado sancionado en el art. 257 del Código Penal, y como cómplices con tres años de reclusión mayor ordinaria a Jorge Egas Peña y Luis Jácome Hidalgo.

Aun cuando no estamos frente a una sentencia ejecutoriada, esta jurisprudencia trae consigo una serie de interesantes elementos de análisis por su alta relevancia social.

3.1.10. Determinación por parte de la corte del tipo penal de peculado por apropiación como el delito cometido por los acusados

La sala inicia su análisis determinando los principios dentro de los que se enmarca un estado constitucional de derechos, dentro de los cuales desarrolla el principio de legalidad penal, *nulla poena, sine lege*, determinando una cuádruple exigencia a la norma jurídica incriminadora por parte de este principio, obligando que la norma jurídica sea *praevia, scripta, stricta et certa*²³⁶. Tal como lo consagran legislaciones diversas como la española en su constitución “nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.”²³⁷, en otras palabras no es suficiente con que la

²³⁵ Yépez, Mariana. *Mariana Yépez defendió su dictamen por falsificación en caso Filanbanco*. Cristhian Reyes. Guayaquil, 29 de Enero de 2010.

²³⁶ Sala Especializada de lo Penal causa 412- 2010.

²³⁷ Constitución Española. Art. 25 numeral primero. Sancionada por S. M. el Rey ante Las Cortes el 27 de diciembre de 1978.

ley declare el delito, sino que es indispensable que el delito haya sido establecido como tal previo a la consumación del hecho(irretroactividad de la ley penal), por ello se puede determinar que en base al principio de legalidad el hecho debe estar tipificado como infracción de manera previa a que un sujeto lo realice para poder considerarse como delito.

Este mismo principio tratado por la sala, se encuentra plasmado en la declaración Universal de Derechos Humanos en el artículo 11.2, siendo analizado por la corte y planteando que es una garantía individual que tiene frente al poder del Estado.

Con este análisis la corte llega a una muy interesante conclusión, “la utilización de los fondos provenientes de los prestamos de liquidez que los directivos del Filanbanco recibieron del Banco Central del Ecuador entre el 14 de septiembre y el 2 de diciembre de 1998, así como los prestamos vinculados que pudieron haberse conferido con anterioridad al 2 de diciembre de 1998”, llevan a que sean acusados por el delito de peculado de manera general o peculado por apropiación y no por peculado bancario, al no existir en la época en la que sucedieron los hechos.

Los magistrados construyen esta jurisprudencia partiendo de los principios y garantías fundamentales, tal como fue señalado en el punto anterior, para luego ingresar en la parte medular, la determinación de la infracción cometida.

En base al modelo procedimental con el cual se llevó a cabo el proceso²³⁸, como ya fue señalado, el juez debe acusar por un delito específico, en este caso “peculado”. Partiendo de esta inculpación se debe llevar a cabo el proceso con el fin de determinar la culpabilidad o no de los imputados por el delito previamente acusado. Por este motivo, la corte hace referencia al recurso de revisión de Rosales Ramos y otros²³⁹, coincidiendo con el criterio de esa jurisprudencia en relación con la incapacidad de imputar como actores del delito

²³⁸ Código de Procedimiento Penal. Registro Oficial 511 del 10 de junio de 1983

²³⁹ Analizado en el punto 0

consagrado en el artículo 257 del Código Penal , a quienes ostentaban cargos directivos conforme lo señalado en la reforma de 1999. Efectivamente, los miembros de la junta directiva no poseían la calidad de sujetos activos del delito hasta 1999, en este sentido doctrinarios como Roxin²⁴⁰ se han pronunciado señalando:

Son imaginables diversas clases de retroactividad. Así, un hecho que no era punible en el momento de su comisión puede ser penado retroactivamente; respecto de una acción que ya es legalmente punible, se puede introducir retroactivamente una clase de pena más grave (p.ej. prisión en vez de pena de multa) o se puede agravar la pena dentro de una de la misma clase (p.ej. subirla de cinco a diez años de prisión). Esas tres formas de retroactividad son constitucionalmente inadmisibles, pues la punibilidad (como tal, o en su clase o cuantía) no estaba declarada y determinada legalmente antes del hecho.

Por todo lo acotado anteriormente la sala que resolvió el caso, determinó que la imputación por peculado bancario no cabe por el principio de legalidad.

3.1.11. Análisis del comportamiento típico de los acusados del Delito de Peculado

En este punto es fundamental preguntarse ¿Bajo qué criterios se determinó que los acusados eran culpables del delito tipificado en el art. 257? La jurisprudencia señala que:

Los señores Jorge Egas Peña, Luis Jácome Hidalgo, se encasillan en las hipótesis previstas en el tipo penal por el cual fueron acusados pues estos últimos su actuar se subsume a emitir opiniones e informes en unos casos favorables y en otros de carácter negativo y con el único propósito de viabilizar los créditos y salvar la quiebra bancaria, pero que fueron distorsionados por quienes tenían poder de decisión, es decir, tenían el dominio del hecho como eran los administradores del Filanbanco y fueron quienes crearon empresas fantasmas con el único afán de apropiarse de dineros pertenecientes al Estado ecuatoriano y de muchos depositantes que confiaron en esta institución bancaria.²⁴¹

Con esta cita se despliegan dos puntos fundamentales de análisis que pueden dilucidar la fundamentación para dicha acusación. Por un lado, la actuación Jorge Egas Peña y Luis Jácome Hidalgo; y por otro, el señalamiento como dominantes del hecho, al poseer poder

²⁴⁰ Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.* Óp. Cit. P. 141

²⁴¹ Sala Especializada de lo Penal causa 403- 2009.

de decisión sobre el dinero de la institución financiera, a los ex administradores de Filanbanco.

Jorge Egas Peña, ex Superintendente de Bancos y Luis Jácome Hidalgo, ex Presidente del Directorio del Banco Central, de la revisión realizada a las pruebas presentadas, por parte de la sala, esta consideró que los acusados emitieron opiniones e informes favorables y negativos, con el único fin de favorecer a los intereses de los administradores de Filanbanco; del Auto de llamamiento a juicio plenario se desprende que la corte considera que la recomendación realizada por los dos acusados respecto a la aprobación del proyecto de Ley de Reordenamiento en Materia Económica en las Áreas Tributario y Financiera expresando que "... dicho proyecto pretende dar una solución adecuada a las instituciones que incurran en causales de liquidación, para que mediante el auxilio del Estado se proteja a los depositantes y no a los accionistas"²⁴². Por lo antes establecido, la corte considera que la actuación de los acusados se enmarca dentro de la complicidad, ya que los imputados "participan en la comisión de una conducta típica ajena con respecto a la que un tercero es el autor material o tiene el dominio del hecho"²⁴³. Ernesto Albán Gómez, considera que, conforme a lo que señala la ley²⁴⁴, se necesita que exista una cooperación indirecta y secundaria (siendo este el límite entre la complicidad y la coautoría) y que esta cooperación sea con los actos anteriores o de manera simultánea (con el fin de diferenciar a la complicidad y el encubrimiento).

Por los argumentos en derecho que presenta la corte se entendería que Jorge Egas Peña, ex Superintendente de Bancos y Luis Jácome Hidalgo, ex Presidente del Directorio del Banco Central son cómplices del delito que se halle culpables a quienes beneficiaron con su actuación.

²⁴² Corte Suprema de Justicia. Auto de llamamiento a Juicio. Causa 57-2000. 20 de marzo de 2003.

²⁴³ Sala Especializada de lo Penal causa 403- 2009.

²⁴⁴ Código Penal. Artículo 43. Registro Oficial 147 de 22 de enero de 1971.

Jakobs, considera al autor, como quien “comete el hecho por sí mismo, es decir ejecuta de propia mano la acción fáctica dolosamente y sin sufrir error, y presenta cualificaciones de autor, objetivas y subjetivas específicas del delito”²⁴⁵. Para establecer si los ex administradores de Filanbanco, son autores del delito de peculado por apropiación, es indispensable analizar los tres elementos que configuran al delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) y así poder enmarcar a los acusados y al hecho dentro del delito de peculado.

Dentro de la tipicidad, se puede iniciar determinando la existencia del sujeto activo (siendo este el más discutido). Del propio artículo, vigente a la época, se puede determinar que únicamente un servidor público o un servidor de una institución bancaria que maneje fondos se puede considerar como un sujeto activo. En este caso, se encuentra sobreentendido que no estamos frente a un funcionario público, sino a administradores de una institución financiera, generándonos la inquietud, si estos sujetos pueden ser catalogados como servidores del banco con capacidad de manejar fondos.

Como lo hemos venido planteando, la categoría de servidor no es atribuible a los administradores, ni miembros de la Junta Directiva de la institución financiera o bancaria, por lo que en principio no cabría la atribución de sujeto activo a ninguno de los acusados, la corte comprendiendo este particular plantea que “el carácter de sujeto de este delito no lo da solo el hecho de ser autoridad o funcionario público, sino la relación de estas personas con el objeto material del delito: los causales o efectos públicos”²⁴⁶. Por ello consideran que el sujeto activo del delito se da en principio por el hecho de que el abuso se dio a fondos públicos, en base a que gran parte del dinero desviado (tomando palabras de la

²⁴⁵ Jakobs, Gunther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Madrid: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997. P. 744

²⁴⁶ Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal, Parte Especial Óp. Cit.* P. 946-947

propia jurisprudencia) eran los fondos por préstamos de liquidez otorgados por el Banco Central del Ecuador, en el periodo 14 de septiembre al 2 de diciembre de 1998²⁴⁷.

Frente a esta posición doctrinaria, como fue señalado en el primer capítulo, Soler y Puig Peña coinciden estableciendo que si este dinero lo recibe el funcionario público de manera voluntaria o distinta a no por sus funciones “aunque lo haga por la confianza que le inspire el cargo”²⁴⁸ no está cometiendo delito de peculado.²⁴⁹ En otras palabras, que tanto para estos autores, como para Luis Carlos Pérez, el cargo de servidor determina la posibilidad o no de ser imputado como sujeto activo del delito de peculado. Con ello, se podría establecer, la existencia de una teoría contraria a la planteada por la corte, la cual bajo mi análisis posee mayor sustento, ya que el tipo penal posee un sujeto activo determinado, y si el legislador decidió incluirlo, se debería entender que el objetivo de este es que los funcionarios públicos que tengan, por razón de su cargo, relación con fondos, posean una mayor responsabilidad respecto al manejo del dinero perteneciente al Estado. Si realizamos un corto análisis histórico vemos como ya en las Siete Tablas se sancionaba al tesorero, recaudador o juez que distraía, o maliciosamente, ocultaba fondos públicos con la pena capital²⁵⁰; así vemos como los funcionarios públicos estaban determinados y relacionados como sujetos activos de este delito.

Bajo mi análisis, los sentenciados en calidad de autores del delito de peculado, no poseen esta calidad, por la incompatibilidad del sujeto activo y en este sentido Roxin sostiene que existen dos tipos de sujetos activos, que “cualquiera pueda ser autor de un delito (como ocurre en los tipos que comienzan con "el que") o que la autoría esté limitada a determinados grupos de personas (como en los delitos de funcionarios)”²⁵¹. Por ello, sería

²⁴⁷ Sala Especializada de lo Penal causa 403- 2009.

²⁴⁸ Puig Peña, Federico. *Derecho Penal. Parte Especial*. Quinta edición. Vol. III. Barcelona: Ediciones Nauta, 1960. P. 87

²⁴⁹ *Ibid.*

²⁵⁰ Cueva Carrión, Luis. *Peculado*. Vol. I. *Óp. Cit.* P. 57

²⁵¹ Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. *Óp. Cit.* P. 304

incorrecto considerar a los acusados como sujetos activos del delito de peculado por apropiación asimilándolos con servidores públicos, al no poseer esa calidad. Adicionalmente es imperativo establecer que en este proceso se podría generar una violación al debido proceso y al derecho a la defensa, al no respetarse el principio de congruencia, se procesa por un delito y en la sentencia se dictamina la culpabilidad por otro.

De manera adicional, y como sustento a lo antes señalado, la misma jurisprudencia determina la existencia de dolo directo, considerando la presencia del elemento volitivo y cognitivo al “querer causar un daño patrimonial al Estado, fallando a la fidelidad y confianza depositados”²⁵² en ellos. En este sentido la Corte Europea de Derechos Humanos dentro del caso *Lukanov vs. Bulgaria*²⁵³, consideró que uno de los elementos que constituyen este tipo de delitos es “que el autor hubiera querido obtener una ventaja para sí mismo o para un tercero”, es decir reafirma la naturaleza dolosa del tipo penal. Efectivamente existe este daño; según el análisis de la corte, se trata de un desvío de fondos realizado hacia empresas vinculadas con los ex administradores de Filanbanco, lo que se anclaría con el tipo penal del artículo 257 A del Código Penal, incluido en la reforma de 1999; si el art. 257 del mismo cuerpo legal, cobijara esta actividad, inmoral y, a partir de 1999, ilícita, no hubiese existido motivación para que los legisladores creen este tipo penal. Con fue señalado con anterioridad, la reforma de 1999, se realizó con el objetivo (según palabras de los mismos legisladores), de que no se repitiesen los hechos de la crisis bancaria.

SÍNTESIS DEL CAPÍTULO

Luego de descomponer estas sentencias, se ha logrado develar una serie de falencias fundamentalmente en la interpretación por parte de la corte respecto al artículo 257 del Código Penal. Estamos frente a un artículo reformado de una manera legal, pero a mi juicio

²⁵² Sala Especializada de lo Penal causa 403- 2009.

²⁵³ Corte Europea de Derechos Humanos. *Lukanov vs. Bulgaria*. N° 21915/93. 20 de Marzo de 1997.

falto de técnica legislativa. A partir de 1938, lo único que ha existido son añadiduras paulatinas tornando al mismo en un artículo extenso con la presencia de más de un tipo penal²⁵⁴, lo cual ha derivado en jurisprudencias con un erróneo análisis, como ha sido demostrado.

Evidentemente, la crisis bancaria afectó a la sociedad ecuatoriana, en niveles inimaginables, es así como ecuatorianos perdieron todos sus ahorros y en términos generales entramos en un proceso destructivo de nuestra economía. Es por ello, que toda la sociedad busca condenar a los culpables, a quienes, tenían una obligación jurídica, en razón de los cargos que ostentaban de buscar siempre en bienestar de la sociedad, acorde con las responsabilidades legales y éticas que poseían. Pero el buscar acusarlos y condenarlos por un delito que no se encontraba tipificado cuando se dieron los hechos, atenta contra el debido proceso, y con ello contra una serie de principios y derechos de los acusados²⁵⁵.

Realizando un análisis corto final de cada una de las jurisprudencias analizadas, se podría señalar que; respecto a la jurisprudencia del “caso Isaías”, el cambio de acusación (si se hubiese realizado a tiempo) era apropiado, ya que la actuación de los administradores del Filanbanco, no se enmarcó en el delito de peculado por apropiación. Es claro que si en el 2010, que nuevamente se propuso cambiar la acusación, se lo realizaba, los delitos hubiesen quedado impunes, ya que la acción hubiese prescrito; pero, lo jurídicamente correcto era realizar esa modificación, ya que previamente no se la realizo.

El recurso de revisión presentado en contra de la jurisprudencia de los directivos de Banco Popular, fue la última salvación de los mismos, luego de que la corte adopte una decisión violatoria al principio de legalidad, bajo su análisis, el delito de peculado bancario existía previo a la reforma de 1999, lo que no significa que los directivos de esta institución financiera puedan ser reos de este delito, ya que la exigencia de la norma en esa época era

²⁵⁴ Peculado clásico, bancario y/o financiero.

²⁵⁵ Los cuales por ser seres humanos, poseen estos derechos y garantías.

poseer la condición de servidor y por razón del cargo tener la capacidad de manejar los fondos.

Respecto a la sentencia en contra de los ex directivos y administradores de Filanbanco, nos encontramos con dos puntos de análisis, por un lado la negativa de modificación de la acusación por parte del ex magistrado Armando Bermeo, y por otro, la condena por el delito de peculado por apropiación, determinando que como se trataba de dineros del Estado, el acusado, aún cuando no cumple con el requisito de la calificación como sujeto activo, puede ser reo del delito. La doctrina contradice este supuesto estableciendo que debe existir una vinculación directa con los fondos en razón de su cargo, para poder encajar en el sujeto activo de este delito.

En conclusión y tomando las palabras de Zaffaroni “el tipo es una figura que resulta de la imaginación del legislador; el juicio de tipicidad la averiguación que sobre una conducta se efectúa para saber si presenta los caracteres imaginados por el legislador: la tipicidad es el resultado afirmativo de ese juicio”²⁵⁶. El juzgador debe establecer si el acto se ajusta a lo que buscaba determinar como delito el legislador, si este a partir de 1999, buscó que el administrador de la entidad financiera sea sujeto activo del delito de peculado, no podría entenderse que previo a esa determinación el sujeto ya era imputable.

²⁵⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Vol. III. Buenos Aires: Ediar, 1981. P. 172

4. CONCLUSIONES

Luego de analizar a profundidad los delitos contemplados en el artículo 257 del Código Penal, ha podido determinar una serie de conclusiones que me permito señalar a continuación.

El capítulo uno nos presenta la realidad inicial de la figura del delito de peculado por apropiación y como se ha ido modificando a lo largo de la historia. Las primeras consideraciones que saltan a la vista es la construcción política del delito de peculado bancario y posteriormente la figura aplicable a los directivos de todas las instituciones financieras; estas modificaciones de orden político y carentes en gran medida de un soporte jurídico profundo, tal como lo demuestra la historia de nuestra legislación, derivando en un evidente error al determinar dentro de un tipo penal, en el cual el sujeto pasivo es la administración pública, un delito de orden económico que tiene como principales afectados a los depositantes y/o a las propias instituciones financieras dependiendo del ilícito; dentro

de esta misma línea se presenta el Bien Jurídico protegido, siendo este completamente distinto entre el delito de peculado por apropiación o peculado clásico y el peculado bancario y/o financiero.

Manteniéndome dentro del análisis de la tipología penal se presentan dos puntos controversiales dentro de los elementos normativos, por un lado, el error técnico al no haber colocado u eliminado por completo el concepto de malversación en primer y segundo inciso del delito, manteniendo la posibilidad de que se produzca un abuso por malversación a pesar de que no figura expresamente como uno de los elementos normativos; por otro lado, el generar una amplitud indeterminada de elementos normativos al establecer “cualquier otra forma semejante”, dejando al buen criterio del Juez el calificar la forma semejante de abuso de fondos, pudiendo constituirse en una violación al principio del legalidad, el cual es uno de los pilares del Derecho Penal. Dentro de los sujetos activos vemos que en el mismo tipo penal se presentan dos clases completamente distintas, por un lado los aplicables al peculado por apropiación y posteriormente los aplicables al delito de peculado bancario y/o financiero. En este sentido, se ratifica lo que ha señalado Luis Cueva Carrión, en su libro El Peculado “ni el tipo de peculado bancario ni el tipo de peculado financiero corresponden al tipo básico de peculado; en nuestro Código Penal están ubicados dentro de un título inadecuado”. Es muy claro que estamos frente a una errónea construcción del artículo ya que se trata de delitos completamente distintos que deben encontrarse en partes diferentes de la codificación penal.

En el segundo capítulo de este trabajo, se trató dos elementos de orden constitucional que afectan directamente al peculado en todas sus formas, la imprescriptibilidad y el juzgamiento en ausencia. El primero de estos elementos determina que este tipo penal no posee prescripción alguna, es decir que este delito puede ser perseguido y determinarse la culpabilidad de un sujeto en cualquier momento de su vida, en esta línea la doctrina y legislación internacional en materia de Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional, ha reducido la aplicación de la imprescriptibilidad a los casos de los delitos contra la humanidad, los cuales por su naturaleza son de difícil o hasta imposible investigación

inmediatamente después de haberse cometido los hechos ya que los principales sujetos activos son los Estados, mediante los gobernantes de la época o Grupos Subversivos. Dentro de este trabajo se ha demostrado que esta consideración degenera la propia naturaleza y fundamentación de la prescripción y de la imprescriptibilidad determinados por la doctrina. Esta determinación de orden constitucional se ha transformado en un mecanismo de intimidación, amedrentación y persecución, sin ser este el objetivo del régimen penal al establecer los delitos y sus penas; esta aseveración podría resumirse en que se llega a determinar que puede ser imposible que en veinte años se determine la culpabilidad de un sujeto y por ello se lo puede investigar de por vida. El segundo elemento es el juzgamiento en ausencia, el cual bajo el análisis realizado ha podido determinar como atentatorio contra los derechos humanos tal como lo reconocen instrumentos internacionales de orden regional²⁵⁷ y mundial²⁵⁸. Estos determinan que es una garantía mínima para un procesado el hallarse presente en el proceso. De esta manera el juzgamiento en ausencia es inaplicable en el Ecuador por obligación de orden constitucional, la cual considera que se debe aplicar directamente los instrumentos internacionales de Derechos Humanos²⁵⁹. Se dilucida que, fuera de la acertada motivación por la cual los legisladores construyeron el artículo en análisis, estamos frente a dos elementos de orden constitucional que generan violaciones a principios jurídicos elementales, tales como el principio de legalidad y la seguridad jurídica, a garantías básicas del procesado y a tratados internacionales. En este sentido es imperativa una reforma que viabilice una real garantía a los procesados y al sistema jurídico, que sea un aliciente para una ágil producción jurídica y no un pretexto para que el sistema se mantenga dentro de un esquema de inseguridad jurídica latente.

El tercer capítulo presenta un análisis pormenorizado de tres jurisprudencias históricas, donde la aplicabilidad de este *sui generis* artículo ha sido el elemento sobresaliente de la discusión y donde el trasfondo político ha estado presente. Los tres casos poseen un origen

²⁵⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA). Artículo 8. 22 de noviembre de 1969.

²⁵⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU). Artículo 14. 16 de diciembre de 1966

²⁵⁹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 426. Registro Oficial 449. 20 de octubre de 2008

histórico común, la crisis financiera de 1999, donde se dio la caída y posterior paso de catorce bancos a manos de la naciente Agencia de Garantía de Depósitos (AGD)²⁶⁰.

El primer caso en análisis es el caso que enfrentó a José Alejandro Peñafiel con la Justicia, tras la caída del Banco de Préstamos donde se observa una deficiente aplicación de la norma penal ya que en la época del cometimiento del hecho, la norma que sanciona a los directivos de la entidad bancaria no existía, por lo tanto no puede ser aplicada al imputado, vemos como se vulneró claramente el principio de legalidad y consecuentemente se vulneró el debido proceso.

Es de esa manera que en la segunda sentencia analizada, sobre los directivos y ejecutivos del Banco Popular, la Corte toma una decisión completamente contraria y entiende esta realidad jurídica, determinando la inocencia de los directores y ejecutivos de esta institución financiera. Esta sentencia determina la inexistencia de delito por haber sido tipificado luego del cometimiento del hecho, pero es lamentablemente silenciosa respecto de la posibilidad o no de que un miembro de junta directiva sea capaz de apropiarse de los fondos objeto del delito.

La tercera jurisprudencia analizada, se muestra como la más polémica y políticamente más compleja, la cual fue expedida en abril de este año en contra de los hermanos Isaías y otros imputados; esta sentencia posee un enfoque completamente distinto y especial, ya que dentro del pronunciamiento de la corte se determina que no es procedente culparlos por peculado bancario, ya que no se encontraba vigente la reforma de 1999 en el momento de los hechos; pero toma el mismo artículo 257 del Código Penal y los califica como autores del delito de peculado clásico o por apropiación, si que ellos sean técnicamente sujetos activos del delito; el magistrado ponente enlaza a los imputados con el presidente del directorio del Banco Central y el Superintendente de Bancos de la época, por haber sido

²⁶⁰ Fontaine, Guillaume. "Crisis de la gobernabilidad y dolarización en el Ecuador. Una mirada retrospectiva al golpe de Estado de 21 de enero 2000." *Documentos del Instituto Internacional de Gobernabilidad Óp. Cit.* P. 4.

ellos funcionarios públicos; a los antes mencionados los sentencian en la calidad de cómplices del ilícito. Es este enlace el que la corte toma como el elemento, para acusarlos como autores de este delito; evidentemente existe una clara incompatibilidad con el sujeto activo de este delito; la doctrina ha establecido con claridad que el cargo de servidor determina la posibilidad o no de ser imputado como sujeto activo del delito.

Por todo lo antes expuesto, es factible responder la pregunta inicial, ¿Es adecuada la construcción y aplicación del artículo 257 del Código Penal, para todos los delitos que comprenden el tipo penal? En base del estudio efectuado se puede determinar que la construcción del artículo 267 del Código Penal es errada, pudiendo determinar lo antes mencionado desde un punto de vista histórico, al haber sido reformado el artículo en base a escándalos políticos y no bajo un análisis eminentemente técnico; típico, al poseer errores en la construcción del tipo penal; constitucional y desde una óptica de derechos humanos, al atentar contra el principio de legalidad y a tratados internacionales de Derechos Humanos; y finalmente, bajo la óptica del juzgador, donde se observa una aplicación errónea o en el mejor de los casos parcialmente correcta.

En vista del Proyecto de Ley de Código Integral Penal, que se encuentra en trámite en la Asamblea Nacional, este trabajo toma un enfoque mucho más práctico y efectivamente aplicable, ya que luego del primer debate, tal como fue manifestado en el capítulo uno de este trabajo, se dan modificaciones trascendentales tales como la creación de un párrafo completo dedicado a los delitos financieros y dentro de éste la reforma a la figura antes llamada Peculado Bancario o Financiero, a una nueva figura legal independiente del peculado. En este sentido, es indispensable una transitoria²⁶¹, que busque no dejar en la impunidad los casos que se están ventilando bajo la figura de peculado bancario, ya que en su ausencia, al no existir el tipo penal por el que se inició el proceso podría traer como consecuencia la inmediata absolución del imputado. En este punto, es indispensable

²⁶¹ La transitoria debería determinar que no se ha eliminado, como un delito los actos que recaían bajo la figura del peculado bancario; caso contrario los procesos que se están siguiendo por este delito deberían archivarse ya que no existe ese delito en el ordenamiento jurídico.

recalcar que el cambio antes mencionado traería como consecuencia que la normativa constitucional quede inaplicable para este tipo penal por ser distinto, dejando así de ser imprescriptible y juzgable en ausencia lo que hoy en día conocemos como peculado bancario y/o financiero.

De esta manera se ha buscado con este trabajo determinar la necesidad urgente de una reforma a este tipo penal, que debe abarcar desde el ámbito constitucional hasta el adjetivo y sustantivo; el artículo ha sido modificado sin un criterio técnico lo que ha generado una difícil y bajo mi punto de vista errónea y peligrosa interpretación de lo que busca normar el código en este sentido. En este camino aparentemente camina el proyecto de Código Integral Penal, el cual se encuentra aún en debate, pero es indudable que se necesita legisladores responsables para que este proceso de modificación se dé, sin que esto signifique impunidad ni violación de derechos de los procesados y/o de las víctimas.

BIBLIOGRAFÍA

- Agudelo Betancur, Nodier. *Curso de Derecho Penal. Esquemas del Delito*. Tercera Edición. Bogotá: Temis, 2007.
- Aguilar Cavallo, Gonzalo. "Crímenes Internacionales y la Imprescriptibilidad de la Acción Penal y Civil: Referencia al caso Chileno". *IUS ET PRAXIS* (2008). Pp. 147-207
- Albán Gómez, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Parte Especial*. Primera Edición. Vol. II. Quito: Ediciones Legales, 2011.
- Albán Gómez, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Parte General*. Quito: Ediciones Legales, 2008.
- Arlettaz, Fernando. *Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad: una perspectiva latinoamericana*. Zaragoza, 2010.
- Barbosa Castillo, Gerardo. "Teoría del Delito. Tipo Objetivo". *Lecciones de Derecho Penal*. Universidad Externado de Colombia. Departamento de Derecho Penal y Criminología. Primera Edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.
- Bernales Rojas, Gerardo. "La Imprescriptibilidad de la Acción Penal en Procesos por Violaciones a los Derechos Humanos". *Revista Ius et Praxis* (2007). P. 245-265
- Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Ed. Guillermo Cabanellas de las Cuevas. Trigésima Edición. Vol. I. Buenos Aires: Heliasta, 2008.
- Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Ed. Guillermo Cabanellas de las Cuevas. Trigésima Edición. Vol. I. Buenos Aires: Heliasta, 2008.
- Calvachi Cruz, Reinaldo. "El Peculado Bancario". *Iuris Dictio* VII/2 (2000), p 98 y s.
- Cancino Moreno, José Antonio. *El Delito de Peculado en el Nuevo Código Penal*. Bogotá: Temis, 1983.
- Cancino Moreno, José Antonio. *El Peculado*. Bogotá: Temis, 1983.

- Carocca Perez, Vicente. cit por: Espinoza Breña, Zaida Luisa. “La Vulneración del Derecho a la Defensa Contraviene el Debido Proceso Peruano”. 2005. 27 de julio de 2012.
- Carrara, citado en: Paredes Escobar, César Bayardo. *El Delito de Peculado en el Ecuador*. Tesis de Maestría en Derecho Procesal. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, 2009.
- Coló, Ignacio. “Abdalá Bucaram: el eterno retorno del "Loco".” *La Nación*. 29 de Mayo de 2006. < <http://www.lanacion.com.ar/809819-abdala-bucaram-el-eterno-retorno-del-loco>>
- Cornell University Law School. “Doble Jeopardy”. *Legal Information Institute*. 19 de agosto de 2010. 30 de julio de 2012. <www.law.cornell.edu/wex/double_jeopardy/>.
- Cubas Villanueva, Victor. cit por: Espinoza Breña, Zaida Luisa. “La Vulneración del Derecho a la Defensa Contraviene el Debido Proceso Peruano”. 2005. 27 de julio de 2012.
- Cuenca Gómez, Patricia. “La relación entre el derecho y el poder en la teoría pura del derecho de H. Kelsen”. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*. 2010.
- Cueva Carrión, Luis. *Peculado*. Vol. I. Quito: Ediciones Cueva Carrión, 2008.
- Cueva Carrión, Luis. *Peculado*. Vol. II. Quito: Ediciones Cueva Carrión, 2007.
- Donna, Edgardo Alberto. *Derecho Penal Parte Especial*. Vol. III. Buenos Aires : Rubinzal - Culzoni, 2001.
- Donna, Edgardo Alberto. *Derecho Penal. Parte Especial*. Segunda Edición. Vol. III. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni, 2008.
- Donna, Edgardo Alberto. *Teoría del Delito y de la Pena*. Vol. II. Buenos Aires: Astrea, 1995.
- Donna, Edgardo Alberto. *Teoría del delito y de la Pena*. Vol. II. Buenos Aires: Astrea, 1995.
- El Comercio*. “El Retorno de Dahik.” 26 de diciembre de 2011.
<http://www.elcomercio.com/editorial/RETORNO-DAHIK_0_615538515.html>
- Espinoza Breña, Zaida Luisa. “La Vulneración del Derecho a la Defensa Contraviene el Debido Proceso Peruano”. 2005. 27 de julio de 2012.
- Ferreira Delgado, Francisco José. *Derecho Penal Especial*. Vol. II. Bogotá: Temis, 2006,

- Flores Uzcátegui, Gustavo, y José García Falconí. *Manual de Practicas Procesal en los Juicios*. Quito: s.e., 1982.citado en: Paredes Escobar, César Bayardo. *El Delito de Peculado en el Ecuador*. Tesis de Maestría en Derecho Procesal. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, 2009.
- Fontaine, Guillaume. “Crisis de la gobernabilidad y dolarización en el Ecuador. Una mirada retrospectiva al golpe de Estado de 21 de enero 2000.” *Documentos del Instituto Internacional de Gobernabilidad* (2002).
- Fontaine, Guillaume. “Crisis de la gobernabilidad y dolarización en el Ecuador. Una mirada retrospectiva al golpe de Estado de 21 de enero 2000.” *Documentos del Instituto Internacional de Gobernabilidad* (2002).
- Goldstein, Raúl. *Diccionario de Derecho Penal y Criminología*. Buenos Aires: Astrea, 1993.
- Goldstein, Raúl. *Diccionario de Derecho Penal y Criminología*. Buenos Aires: Astrea, 1993.
- Gozáini, Osvaldo Alfredo. “El debido proceso en la actualidad”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* (2004).
- Hassemer, Winfried. “La Persecución Penal: legalidad y oportunidad”. *Revista de Derecho Penal*. 2002.
- <http://www.pensamientopenal.com.ar/16092009/filosofia01.pdf>
- Jakobs, Gunther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Madrid: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales, 1997.
- Juan José González Bustamante, cit. Por: Zambrano Pasquel, Alfonso. *Manual de Practica Procesal Penal*. Lima: Ara Editores, 2009.
- Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal, Parte Especial*. Décimo Séptima. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2009.
- Muñoz Conde, Francisco. *Teoría General del Delito*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1989.
- Paredes Escobar, César Bayardo. *El Delito de Peculado en el Ecuador*. Tesis de Maestría en Derecho Procesal. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, 2009.

- Pérez, Luis Carlos. cit Por: Zambrano Pasquel, Alfonso. *El caso Filanbanco: peculado bancario y extradición*. Vol. Practica Penal Tomo VII.
- Prieto Monroy, Carlos Adolfo. "El Proceso y el Debido Proceso". *Vniversitas* (2003).
- Puig Peña, Federico. *Derecho Penal. Parte Especial*. Quinta edición. Vol. III. Barcelona: Ediciones Nauta, 1960.
- Raza, Stalin. *El Peculado Bancario en la Crisis Financiera de 1998*. Quito: Abya-Yala, 2008.
- Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Vers. Vigésima segunda edición. 2001. 01 de Junio de 2012. <<http://buscon.rae.es/draeI/>>.
- Reyes Echandía, Alfonso. *Tipicidad*. Sexta edición. Bogotá: Temis, 1999.
- Román, Marlene. *Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad; ¿y también de las violaciones a los derechos humanos? La posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima, 2008.
- Roxin, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trads. Diego-Manuel Luzon Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Vol. I. Madrid: Civitas, 1997.
- Sánchez Viamonte. cit por: Espinoza Breña, Zaida Luisa. "La Vulneración del Derecho a la Defensa Contraviene el Debido Proceso Peruano". 2005. 27 de julio de 2012.
- Silva Sánchez, Jesus-María. «¿Nullum Crimen Sine Poena? Sobre las doctrinas penales de la "Lucha contra la impunidad" y del "derecho de la víctima al castigo del autor".» *Derecho Penal y Criminología XXIX*.86-87 (2008).
- Soler, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*. Por: Zambrano Pasquel, Alfonso. *El caso Filanbanco: peculado bancario y extradición*. Vol. Practica Penal Tomo VII.
- Suárez Sánchez, Alberto. *Delitos Contra el Patrimonio Económico*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.
- Vaca Andrade, Ricardo. *El Juicio en Ausencia*. Acceso 2 de agosto de 2012. <www.analisisjuridico.com/publicaciones/el-juicio-en-ausencia/>.

- Welzel, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Cuarta Edición . Santiago: Jurídica de Chile, 1993. P. 59
- Wilfredo Pedraza cit. Por: Román, Marlene. *Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad; ¿y también de las violaciones a los derechos humanos? La posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima, 2008.
- Yépez, Mariana. Mariana Yépez defendió su dictamen por falsificación en caso Filanbanco. Cristhian Reyes. Guayaquil, 29 de Enero de 2010.
- Zabala Baquerizo, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Vol. VII. Guayaquil: EDINO, 2006.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Vol. III. Buenos Aires: Ediar, 1981.
- Zambrano Pasquel, Alfonso. *El caso Filanbanco: peculado bancario y extradición*. Vol. Practica Penal Tomo VII. Guayaquil: Edino, 2007.
- Zambrano Pasquel, Alfonso. *Manual de Practica Procesal Penal*. Lima: Ara Editores, 2009.
- Zambrano Pasquel, Alfonso. *Política Criminal*. Lima: Jurista Editores E.I.R.L, 2009.
- Ziffer, Patricia. cit. Por: Román, Marlene. *Imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad; ¿y también de las violaciones a los derechos humanos? La posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima, 2008.

PLEXO NORMATIVO
LEGISLACIÓN LOCAL

Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social. Registro Oficial Suplemento 399 de 17 de noviembre de 2006.

Código de Procedimiento Penal. Registro Oficial 511 de 10 de junio de 1983.

Código de Procedimiento Penal. Registro Oficial Suplemento 360. 13 de enero de 2000.

Código Integral Penal. En debate, presentado por el Presidente de la República el 14 de Octubre de 2011.

Código Penal. Registro Oficial Suplemento No. 147 de 22 de enero de 1971.

Código Penal. Registro Oficial Suplemento 61 de 18 de abril de 1906.

Código Penal. Registro Autentico el 03 de noviembre de 1871.

Código Penal. Registro Autentico el 14 de abril de 1837.

Código Penal. Registro Oficial Suplemento 147 de 22 de Enero de 1971.

Constitución de la República de Ecuador. Registro Oficial N° 1 del 11 de Agosto de 1998.

Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial N° 449 del 20 de Octubre de 2008.

Ley General de Instituciones del Sistema Financiero. Registro Oficial No. 250 de 23 de Enero de 2001.

Ley General de Instituciones del Sistema Financiero. Registro Oficial Suplemento 439 del 12 de mayo de 1994.

Ley Orgánica de Administración Financiera y Control. Decreto Supremo No. 1429. Registro Oficial N° 337 de 16 de mayo de 1977.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Registro Oficial Suplemento N° 595 del 12 de junio de 2002.

Ley Orgánica del Servicio Público. Registro Oficial Segundo Suplemento 294 del 6 de Octubre de 2010.

Ley Reformatoria a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero. Registro Oficial N° 190 del 13 de Mayo de 1999.

Ley Reformatoria a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero. Registro Oficial Suplemento N° 319 del 16 de noviembre de 1999.

Reforma Código Penal. Registro Oficial 621 del 04 de julio de 1978

TRATADOS INTERNACIONALES

Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA). 22 de noviembre de 1969.

Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (ONU). Adoptada en el pleno de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968.

Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU). 10 de diciembre de 1998.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. 17 de julio de 1998. Registro Oficial Suplemento 153 de 25 de noviembre de 2005.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ONU). 16 de diciembre de 1966.

NORMATIVA EXTRANJERA

Constitución Española. Sancionada por S. M. el Rey ante Las Cortes el 27 de diciembre de 1978.

Declaración de Derechos de Virginia (EE.UU.). 12 de junio de 1776.

Declaración del Hombre y del Ciudadano (Francia). 26 de agosto de 1789.

Primer Código Penal de la República Argentina en 1886.

DEBATES LEGISLATIVOS

Asamblea Nacional Constituyente 1998. Sesión Matutina de la Asamblea Nacional Constituyente. Acta N° 054. 6 de abril de 1998.

Sesión Matutina Permanente de Congreso Ordinario. N° Acta N° 76 B. Congreso Nacional del Ecuador. 30 de Marzo de 1999.

JURISPRUDENCIA

JURISPRUDENCIA LOCAL

Corte Nacional de Justicia. Primera Sala de lo Penal. Expediente de Casación N° 292.

Registro Oficial Suplemento 203 de 21 de Octubre de 2011

Corte Nacional de Justicia. Recurso de revisión en contra de la Sentencia de la Segunda

Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia del 16 de abril de 2008. Expediente de Casación N° 143. Registro Oficial N° 111 del 28 de enero de 2011.

Corte Nacional de Justicia. Registro Oficial No. 336 del 8 de Diciembre de 2010

Corte Nacional de Justicia. Segunda Sala de lo Penal. Corte Suprema de Justicia.

Expediente de Casación n° 143. Registro Oficial Suplemento N° 111 del 28 de enero del 2011.

Corte Suprema de Justicia. Auto de llamamiento a Juicio. Causa 57-2000. 20 de marzo de 2003.

Corte Suprema de Justicia. Expediente de casación 312. Registro oficial N° 468 del 24 de noviembre de 2004

Corte Suprema de Justicia. Expediente de casación 312. Registro oficial N° 468 del 24 de noviembre de 2004

Corte Suprema de Justicia. *Gaceta Judicial*. Número 14 Serie XVII. Enero –Abril de 2004. P. 4604

Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Penal. Expediente de Casación N° 323.

Registro Oficial N° 178 del 26 de Septiembre de 2003.

Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Penal. Expediente de Casación N° 312.

Registro Oficial N° 468 del 24 de Noviembre de 2004.

Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Penal. Expediente de Casación N° 292.

Registro Oficial 203 del 21 de Octubre de 2011

Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1. Registro Oficial 604 de 25 de junio de 2002

Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 1. Registro Oficial 604 de 25 de junio de 2002

Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Penal. Expediente de Casación N° 369, del 17 de Octubre de 2001.

Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Penal. Expediente de Casación 143. Registro Oficial N° 111 del 28 de Enero de 2011

Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Penal. *Vicente Celestino Espinoza Flores y Carmen Elisa Martínez*. Expediente de Casación 304. Registro Oficial 675 del 2 de octubre de 2002.

Sala Especializada de lo Penal causa 403- 2009.

Yépez de Velasco, Mariana. Ministra Fiscal General del Estado. Dictamen Fiscal. Causa N° 57-2000. 20 de noviembre de 2002.

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Corte Europea de Derechos Humanos. Lukanov vs. Bulgaria. N° 21915/93. 20 de Marzo de 1997.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. párr. 111.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 26 de septiembre de 2006. Párr. 111.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. párr. 117.

Tribunal Constitucional de Perú. Caso Silvestre Espinoza Palomino. Causa N° 1323-2002-HC/TC. 9 de julio de 2002.

ANEXOS

ANEXO 1: TABLA 1 SÍNTESIS HISTÓRICA DE NORMATIVA

CUERPO NORMATIVO	ARTÍCULO(S)
<p>Código Penal 1837</p>	<p>Art. 358.- En el caso de que alguna de las personas comprendidas en los tres artículos que preceden, lleguen a usurpar con perjuicio de la hacienda pública o de los consumidores, una cantidad que pase de los cincuenta pesos, sufrirá, además de la multa señalada en el artículo 355, y de la privación del empleo que tenga, con inhabilitación perpetua para obtener otro cargo público, la pena de infamia, y la de obras públicas por dos a ocho años.</p> <p>Art. 369.- Los funcionarios públicos que teniendo como tales a su cargo, de cualquier modo, la recaudación, administración, deposito o distribución de canales, rentas o bienes, pertenecientes a la comunidad de algún departamento, provincia, cantón, parroquia o algún establecimiento público, extravíen, usurpen o malversen a sabiendas, algunos de dichos caudales, rentas o bienes, o no llevaren sus cuentas con las formalidades prevenidas por los reglamentos respectivos, o no las rindieren en el tiempo que estos señalan, incurrirán en las penas que prescribe el capítulo 1o, título 6o, de esta primera parte, contra lo tesoreros, administradores y demás funcionarios públicos que administren, recauden o manejen caudales o efectos de la hacienda nacional.</p> <p>Art. 370.- Las demás disposiciones del expresado capítulo 1, título 6, serán respectivamente aplicables a los demás funcionarios públicos encargados de la recaudación, administración o distribución de caudales, rentas o bienes pertenecientes a la comunidad de algún departamento, provincia, cantón, parroquia o algún establecimiento público.</p> <p>Art. 371.- Cualquier persona particular que tenga a su cargo caudales, o efectos pertenecientes a la comunidad de algún departamento, provincia, cantón o pueblo por comisión del Gobierno o de alguna autoridad, o por cualquier otro título, queda sujeta a las mismas penas de que hablan los artículos anteriores en los casos respectivos.</p> <p>Único.- También lo quedan los depositarios de caudales embargados, secuestrados o puestos en custodia o en administración por orden de autoridad competente.</p>
<p>Código Penal 1871</p>	<p>Art. 257.- Serán castigados con reclusión de tres a seis años todo empleado público, toda persona encargada de un servicio público, que hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, de piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuviesen en su poder en virtud o razón de su cargo.</p> <p>Si el abuso no excede de la fianza, el culpable será castigado con la mitad de la pena precedente.</p>
<p>Código Penal 1906</p>	<p>Art. 225.- Serán castigados con tres a seis años de reclusión</p>

	<p>menor los empleados públicos y toda persona encargada de un servicio público, que hubieren abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, de piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder, en virtud o razón de su cargo.</p> <p>Si el abuso no excede de la fianza, se castigará al culpado con la mitad de la pena precedente.</p>
Código Penal 1938 /1971	<p>Art. 257.- Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años los empleados públicos y toda persona encargada de un servicio público que hubiesen abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo; ya consista en el abuso o desfalco malversación de fondos disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante.</p> <p>Están comprendidos en esta disposición los que, como empleados, manejan fondos de los Bancos Central, del Sistema de Crédito de Fomento y Comerciales y del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.</p> <p>Será también penal y pecuniariamente responsables los fiscalizadores de la Contraloría y los inspectores de la Superintendencia de Bancos que hubiesen intervenido en las fiscalizaciones anteriores, siempre que los informes emitidos implicaran complicidad o encubrimiento en el delito que se pesquisa.</p>
Reforma Código Penal 1978	<p>Art. 16.- En el inciso primero del Art. 257 establecido por el Decreto Supremo N° 1429 publicado en el Registro Oficial N° 337 de 16 de mayo de 1977, suprimase la palabra “malversación”; y, en vez de las palabras “mayor extraordinaria de doce años un día a dieciséis años” y, en vez de las palabras “de ocho a doce años”, póngase: dieciséis años un día a veinte y cinco años de reclusión mayor especial”.</p> <p>Suprimase el inciso segundo de dicho artículo.</p>
Ley Orgánica de Administración Financiera y Control 1977	<p>Art. 257.- Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años, los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público, que hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo; ya consista el abuso en desfalco, malversación, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante.</p> <p>La pena será de ocho a doce años si la infracción se refiere a fondos destinados a la defensa nacional.</p>

	<p>Se entenderá por malversación la aplicación de fondos a fines distintos de los previstos en el presupuesto respectivo, cuando este hecho implique, además, abuso en provecho personal o de terceros, con fines extraños a servicio público.</p> <p>Están comprendidos en esta disposición los servidores que manejen fondos del Instituto Ecuatoriano Social o de los bancos estatales y privados. Igualmente estarán comprendidos los servidores de la Contraloría General y de la Superintendencia de Bancos, que hubieren intervenido en fiscalizaciones, auditorías o exámenes especiales anteriores, siempre que los informes emitidos implicaren complicidad o encubrimiento en el delito que se pesquisa.</p> <p>Los culpados contra quienes se dictare sentencia condenatoria quedarán, además, perpetuamente incapacitados para el desempeño de todo cargo o función públicos; para este efecto, el juez de primera instancia comunicará, inmediatamente de ejecutoriado, el fallo a la Oficina Nacional de Personal y a la autoridad nominadora del respectivo servidor, e igualmente a la Superintendencia de Bancos si se tratare de un servidor bancario. El Director de la Oficina Nacional de Personal se abstendrá del inscribir los nombramientos o contratos otorgados a favor de tales incapacitados, para lo cual se llevará en la Oficina Nacional de Personal un registro en que consten los nombres de ellos. La acción penal prescribirá en el doble del tiempo señalado en el artículo 101.</p>
<p>Constitución Política de la República del Ecuador 1998</p>	<p>Art. 121.- 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.</p> <p>Los dignatarios elegidos por votación popular, los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado y los funcionarios y servidores públicos en general, estarán sujetos a las sanciones establecidas por comisión de delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán aun en ausencia de los acusados. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aunque no tengan las calidades antes señaladas; ellos serán sancionados de acuerdo con su grado de responsabilidad.</p>
<p>Ley Reformatoria a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero; a la Ley de Reordenamiento en</p>	<p>Art. 169.- A continuación del tercer inciso del artículo 257 del Código Penal, añádase el siguiente inciso: “También están comprendidos en las disposiciones de este artículo los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las</p>

Materia Económica, en el Área Tributario-Financiera; y, al Código Penal. 1999	instituciones del sistema financiero nacional privado, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades, que hubiesen contribuido al cometimiento de actos ilícitos”.
Ley General de Instituciones del Sistema Financiero 1994 /2001	“En caso de delitos de peculado, o los previstos en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, cometidos por las personas antes mencionadas, el Juez avocará conocimiento de la causa dentro de 24 horas y, ordenará de inmediato la prisión preventiva de los sindicados.”
Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado	Art. 73 (inciso segundo).- Las obligaciones civiles originadas como consecuencia de la comisión de delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, establecidos en sentencia judicial ejecutoriada, serán imprescriptibles.
Código de Procedimiento Penal	Art. 233.- Suspensión y continuación.- Si al tiempo de expedirse el auto de llamamiento a juicio, el procesado estuviere prófugo, el juez de garantías penales después de dictado dicho auto, ordenará se suspenda la iniciación de la etapa del juicio hasta que sea detenido o se presente voluntariamente, excepto en los procesos penales que tengan por objeto delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, en los que la continuación de la causa se realizará en ausencia del procesado.
Constitución de la República del Ecuador 2008	Art. 233.- Ninguna servidora ni servidor público estará exento 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. Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.
Resolución de 24 de febrero de 2010	Art. 1.- Para el ejercicio de la acción penal pública, esto es, para el inicio de la instrucción fiscal, por los hechos a los que se refiere el artículo 257 del Código Penal, los artículos innumerados agregados a continuación de éste, y los artículos innumerados agregados a continuación del artículo 296 del mismo Código, Capítulo "Del Enriquecimiento Ilícito" incorporado por el artículo 2 de la Ley Nro. 6, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 260 de 29 de agosto de 1985, se requiere el informe previo de la Contraloría General

	<p>del Estado, en el que se determine indicios de responsabilidad penal.</p> <p>Art. 2.- Para el inicio de la indagación previa, no se requiere el informe expresado en el artículo anterior, pero el fiscal interviniente, tan pronto llegue a su conocimiento, por cualquier medio, hechos presumiblemente constitutivos de peculado y enriquecimiento ilícito debe solicitar a la Contraloría General del Estado, la práctica de la auditoría gubernamental sobre tales hechos, así como la remisión del informe respectivo que, de establecer indicios de responsabilidad penal, ha lugar al inicio de la instrucción fiscal.</p>
<p>Resolución de 10 de noviembre de 2010</p>	<p>Art. UNICO.- Para el ejercicio de las facultades que según la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero le compete a la Superintendencia de Bancos y Seguros, la Fiscalía General del Estado, para el inicio de la acción penal por los delitos financieros, no requerirá ningún informe adicional, sin perjuicio de ejercer las demás atribuciones que le confiere la ley, cuando conozca, de cualquier manera, de la perpetración de alguna infracción de esta naturaleza.</p>
<p>Proyecto de Ley del Código Integral Penal (Primer Debate)</p>	<p>Art. 267.- Pecualdo.- Las Servidoras y los Servidores Públicos, y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, de las enumerados en el artículo 225 de la Constitución, que de manera abusiva y en beneficio propio o de terceros, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo, serán sancionados con pena privativa de libertad de ocho a doce años.</p> <p>Si el delito descrito se refiere a fondos destinados a la defensa nacional la pena privativa de libertad será de once a catorce años.</p> <p>Si los sujetos descritos en el primer inciso utilizaren en beneficio propio o de terceras personas cuando éste signifique lucro o incremento patrimonial, trabajadores remunerados por el Estado o por las Entidades del sector público o bienes del sector público, serán sancionados con pena privativa de libertad de uno a cinco años.</p> <p>La misma pena se aplicará cuando los sujetos descritos en el primer inciso se aprovechen económicamente, en beneficio propio o de terceras personas, de estudios, proyectos, informes, resoluciones y más documentos calificados de secretos, informes, resoluciones y más documentos, calificados de secretos, reservados o de circulación restringida, que estén o hubiesen estado en su conocimiento</p>

o bajo su dependencia en razón o con ocasión del cargo que ejercen o hubiesen ejercido.

Los condenados por la conducta prevista en el artículo quedarán, además incapacitados para el desempeño de todo cargo público por un tiempo igual al de la pena.

Serán comisados los instrumentos, productos o réditos utilizados u obtenidos del cometimiento del delito.

**ANEXO 2: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. EXPEDIENTE DE CASACIÓN 312.
CAUSA N° 210-2002-MG. REGISTRO OFICIAL 468 DEL 24 DE NOVIEMBRE DE
2004²⁶²**

²⁶² Jurisprudencia tomada de www.lexis.com.ec



REGISTRO OFICIAL

ORGANO DEL GOBIERNO DEL ECUADOR

Administración del Sr. Ing. Lucio E. Gutiérrez Borbúa
Presidente Constitucional de la República

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Año II -- Quito, Miércoles 24 de Noviembre del 2004 -- N° 468

DR. JORGE A. MOREJON MARTINEZ
DIRECTOR

Quito: Avenida 12 de Octubre N 16-114 y Pasaje Nicolás Jiménez Dirección: Telf. 2901 - 629 --
Oficinas centrales y ventas: Telf. 2234 - 540 Distribución (Almacén): 2430 - 110 -- Mañosa N°
201 y Av. 10 de Agosto Sucursal Guayaquil: Calle Chile N° 303 y Luque - Telf. 2527 - 107
Suscripción anual: USS 250 -- Impreso en Editora Nacional 2.500 ejemplares-- 40
páginas -- Valor US\$ 1,00

SUMARIO:

	Págs.		Págs.
FUNCION EJECUTIVA DECRETO:			
	042	Relativa al producto: Unidad Básica de Procesamiento Digital CPU-1	6
1251 Autorízase al Ministro de Gobierno y Policía para que suscriba la respectiva escritura de transferencia de dominio del inmueble de propiedad del señor Estuardo Granda Torres y otra, ubicado en la avenida Universitaria entre las calles Azuay y Riofrío, parroquia El Sagrario del cantón Loja, provincia de ese mismo nombre	043	Relativa al producto: Sistema de moldeo para la formación de moldes	7
		RESOLUCIONES:	
		SECRETARIA NACIONAL TECNICA DE DESARROLLO DE RECURSOS HUMANOS Y REMUNERACIONES DEL SECTOR PUBLICO:	
ACUERDOS:		SENRES.2004-0187 Reubicase el puesto de Gobernador en la Escala del Nivel Jerárquico Superior, publicada en el Registro Oficial N° 374 de 9 de julio del 2004	8
CONSEJO NACIONAL DE MODERNIZACION DEL ESTADO (CONAM):		SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y SEGUROS:	
047 Confórmase la Comisión Técnica de Selección que se encargará de seleccionar a una firma auditora que llevará a cabo la revisión de los estados financieros del Programa Apoyo a la Descentralización.....	3	Califícanse a varias personas para que puedan ejercer diferentes cargos de peritos evaluadores en las instituciones del sistema financiero:	
UNIDAD POSTAL - CONAM:		SBS-DN-2004-0817 Ingeniero civil Johnny Antonio Astudillo Romero	8
073 Expídese el Reglamento de Contrataciones Menores	3	SBS-DN-2004-0818 Arquitecto Guillermo Enrique Triviño Fajardo	9
CONSULTAS DE AFORO:		SBS-DN-2004-0823 Ingeniero agrónomo Jorge Isaac Valarezo González	9
CORPORACION ADUANERA ECUATORIANA:		SBS-DN-2004-0824 Arquitecto Eduardo Antonio Herrera Cisneros	10
041 Relativa al producto: Unidad Básica de Procesamiento Digital CPU-2	6		

Documento con posibles errores, digitalizado de la publicación original. Favor verificar con imagen.

No imprima este documento a menos que sea absolutamente necesario.

	Págs.
SBS-DN-2004-0826 Ingeniero civil Fabián Edmundo Amendérez Saona	10
SBS-DN-2004-0828 Arquitecto Franklin Augusto Villalba Dávila	11
SBS-DN-2004-0836 Licenciada en contabilidad y auditoría Emily Eufemia Sánchez Velastegui	11
SBS-2004-0843 Modifícase la Administración del riesgo de inversión en los portafolios administrados por el IESS, ISSFA, e, ISSPOL y el Servicio de Cesantía de la Policía Nacional	12
PROCURADURIA GENERAL:	
Extractos de consultas del mes de septiembre del 2004	17
FUNCION JUDICIAL	
CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA:	
Declarase de utilidad pública o interés social, con fines de expropiación urgente y ocupación inmediata el lote de terreno perteneciente a la señora Carlos Arturo Calderón Pazmiño, ubicado en la provincia de Zamora Chinchipe	22
Declarase de utilidad pública o interés social, con fines de expropiación urgente y ocupación inmediata el lote de terreno perteneciente a la señora Nelly Santorum Bernu, ubicado en la provincia de Zamora Chinchipe	22
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA PRIMERA SALA DE LO PENAL:	
312-04 Recurso de casación en el juicio penal seguido en contra del economista José Alejandro Peñafiel Salgado por peculado an perjuicio del Banco de Préstamos S. A. 23	
ORDENANZAS MUNICIPALES:	
- Cantón Baños de Agua Santa: De uso, movilización, control y mantenimiento del equipo caminero .	33
- Gobierno Municipal de Arajuno: De protección el empleo de los recursos humanos, materiales, transporte y servicios generales	36
- Gobierno Municipal de Arajuno: Creación de la Ordenanza constitutiva de los valores y símbolos cívicos	37
AVISO JUDICIAL:	
- Juicio de expropiación seguido por el Municipio de Pedro Moncayo en contra de Manuel Narváez y otra (2da. publicación) 39	

No. 2251

**Lucio Gutiérrez Borbúa
PRESIDENTE CONSTITUCIONAL DE LA
REPUBLICA**

Considerando:

Que mediante Resolución No. 0001 de 22 de enero del 2004, el Ministro de Gobierno y Policía de acuerdo a lo que establece el Art. 36 de la Ley de Contratación Pública y 41 de su Reglamento General, declaró de utilidad pública el inmueble de propiedad de los señores Estuardo Granda Torres y Nancy Vaca Rodríguez situado en la avenida Universitaria entre las calles Azuay y Riofrío, parroquia El Sagrario del cantón Loja, provincia de ese mismo nombre;

Que mediante memorando No. 2004-247-PRE-GF de 30 de junio del 2004, el Director Técnico de Área de Gestión Financiera del Registro Civil, Identificación y Cedulación certifica la disponibilidad de recursos económicos para la adquisición del inmueble de la referencia;

Que la Procuraduría General del Estado mediante oficio No. 12323 de 14 de octubre del 2004, la Contraloría General del Estado con oficios Nos. 050143 y 052563 DCP de 4 y 20 de octubre del 2004 respectivamente; y el Ministerio de Economía y Finanzas mediante oficio No. 5113 MEF-SGJ-2004 de 6 de septiembre del 2004 han emitido informes favorables para la refenda adquisición;

Que el Art. 50 del Reglamento General a la Ley de Contratación Pública señala que cuando el precio del inmueble exceda del fijado por la ley como base para el concurso público de ofertas, los ministros de Estado requerirán de la expedición de un decreto ejecutivo de autorización para celebrar la escritura pública de transferencia de dominio, en el evento de acuerdo con los propietarios sobre el precio de la adquisición; y,

En ejercicio de las atribuciones que le confiere el Art. 50 del Reglamento General a la Ley de Contratación Pública,

Decreta:

Art. 1.- Autorizase al Ministro de Gobierno y Policía para que en nombre y representación del Estado Ecuatoriano y bajo su entera responsabilidad, suscriba la respectiva escritura de transferencia de dominio del inmueble de propiedad de los señores Estuardo Granda Torres y Nancy Vaca Rodríguez situado en la avenida Universitaria entre las calles Azuay y Riofrío, parroquia El Sagrario, del cantón Loja, provincia de ese mismo nombre, cuyos linderos y objetivo se detallan en la Resolución No. 0001 de 22 de enero del 2004 antes citada.

Art. 2.- De conformidad con lo que establece el Art. 54 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, será de responsabilidad de los funcionarios del Ministerio de Gobierno y Policía haber adoptado el procedimiento legal aplicable para esta contratación, los trámites pertinentes para la correcta y legal celebración del contrato respectivo, así como la debida ejecución del mismo.

Art. 3.- De la ejecución del presente decreto ejecutivo que entrará a regir a partir de la publicación en el Registro Oficial, encárgase al Ministro de Gobierno y Policía.

La partida presupuestaria a la que se aplicará el egreso es la No. 1-010-0000-C311-000.00-00-84-02-02-000-1 "Edificios, locales y residencias".

Art. 2.- Notificar al señor Registrador de la Propiedad del cantón Zamora, para los efectos del artículo 41 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública.

Art. 3.- Esta resolución entrará en vigencia a partir de la presente fecha.

Dado y firmado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en el salón de sesiones del Consejo Nacional de la Judicatura, a los veinte y siete días del mes de julio del dos mil cuatro.

En mi calidad de Secretario del Consejo Nacional de la Judicatura, de conformidad con lo en el artículo 12 de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura, certifico que el texto que antecede corresponde a la resolución adoptada por el Pleno del Consejo Nacional de la Judicatura, en sesión ordinaria de 27 de julio del 2004. Quito, 18 de agosto del 2004.

f.) Dr. Olmedo Castro Espinosa, Director Ejecutivo. N°

312-04

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
PRIMERA SALA DE LO PENAL**

Quito, 5 de julio del 2004; las 11h30.

VISTOS: En la causa signada en esta Sala con el número 210-2002-MG, el Tribunal Segundo de lo Penal de Pichincha dictó sentencia condenatoria en contra del economista José Alejandro Peñafiel Salgado, por encontrarle responsable, como autor, del delito de peculado que tipifica el artículo 257 del Código Penal y le impuso la máxima pena prevista en esa norma, esto es ocho años de reclusión mayor ordinaria, considerando demostrada la existencia de ese delito y su responsabilidad penal, por haber publicado en el diario Hoy, que circula en la ciudad de Quito, el día 22 de junio de 1998, una información, estimada falsa, sobre elevación del capital pagado del Banco de Préstamos S. A., trastocando de modo deliberado, la realidad financiera de dicho banco, después de haber incurrido en actos fraudulentos de concentración de créditos a empresas vinculadas de propiedad de la familia Peñafiel. El sentenciado economista José Alejandro Peñafiel Salgado dedujo recurso de casación. En la causa signada en esta Sala de Casación con el número 164-2002-RM, el Cuarto Tribunal Penal de Pichincha, reiterando en su fallo el razonamiento del voto de mayoría, contenido en el auto de apertura del plenario dictado por la Quinta Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito, que revocó expresamente la inculpación respecto del delito de peculado tipificado en el artículo 257 del Código Penal, absolvió al procesado economista José Alejandro Peñafiel Salgado, y declaró que no es aplicable el tipo penal previsto en el artículo 257 del Código Penal para sancionar el abuso de los fondos del

Banco de Préstamos S. A., imputado (por el Ministerio Público y por cuatro personas que formalizaron acusación particular), al economista José Alejandro Peñafiel Salgado; por considerar el juzgador, que aún en el caso de que hubieren sido realizados por el procesado actos punibles de disposición arbitraria de esos fondos, no es pertinente el artículo 257 del Código Penal, por lo dispuesto en el artículo 121 de la Constitución Política que limita el delito de peculado a los dignatarios de elección popular, funcionarios o empleados públicos, y a los particulares que participen con un funcionario público en el cometimiento del delito. Como el auto de apertura del plenario presumía que el procesado y otros acusados habrían cometido los delitos tipificados en los artículos 576 e inciso tercero del artículo 363 del Código penal, el Cuarto Tribunal Penal analizó las pruebas incorporadas al proceso, así como la aplicabilidad de estas normas; y, declaró no demostrada, conforme a derecho, la existencia del delito de quiebra y no sancionable la falsedad en informaciones financieras por haberse ya juzgado esa infracción por la Superintendencia de Bancos e impuesto penas pecuniarias, sin que sea posible sancionar a persona alguna dos veces por los mismos hechos, razones por las que expidió sentencia absolutoria de ambos delitos, a favor del economista José Alejandro Peñafiel Salgado, sentencia que fue impugnada tanto por el señor Agente Fiscal de la Unidad Especial, de Investigaciones Financieras del Ministerio Público, como por el doctor Jorge Eduardo Aulestia Gaybor por sus propios derechos y en su calidad de procurador común de los acusadores particulares. Los recursos de casación, por sorteo de ley, fueron remitidos a esta Primera Sala de lo Penal, que mediante providencia expedida el 17 de febrero del 2004, decidió acumular en un solo expediente la impugnación del economista José Alejandro Peñafiel Salgado a la sentencia condenatoria en su contra, y los recursos del Ministerio Público y del procurador común de los acusadores particulares respecto de la sentencia absolutoria a favor del mismo procesado, para dictar un solo fallo de casación por los motivos ampliamente señalados en aquella providencia; y, para hacerlo considera: PRIMERO. **CODIGO INAPLICABLE.** Las causas se iniciaron cuando se hallaba en vigencia el Código de Procedimiento Penal de 1983, y por lo mismo éste debe aplicarse hasta su conclusión, según la primera disposición transitoria del Código de Procedimiento Penal promulgado el 13 de enero del 2000; por ello, cuando en este fallo de casación se mencionan normas del Código de Procedimiento Penal son las que corresponden al código de 1983. SEGUNDO. **JURISDICCION Y COMPETENCIA.** Esta Sala tiene jurisdicción y competencia para decidir las impugnaciones deducidas, por lo dispuesto en los artículos 200 de la Constitución Política de la República, 373 del Código de Procedimiento Penal (hoy artículo 349) y 60 de la Ley Orgánica de la Función Judicial. TERCERO. **VALIDEZ PROCESAL.** No se observa violaciones de trámite ni omisión de solemnidades sustanciales que puedan influir en la decisión. La alegación del recurrente José Alejandro Peñafiel Salgado sobre incompetencia de este Tribunal de Casación no tiene competencia para conocer los recursos deducidos por el Ministerio Público y por el procurador de los acusadores particulares, aduciendo que estas impugnaciones fueron deducidas prematuramente, ya que el "término" para interponerlas empezó a correr a partir del 21 de marzo del 2002, puesto que el día anterior fue notificado el auto que negó la solicitud de ampliación de la sentencia, habiéndose violado en la providencia que concede los extemporáneos recursos, el artículo 328 del Código de

Procedimiento Civil, lo que en su expresión anula el proceso, por violación del trámite e incompetencia de la Sala de Casación.- Esta alegación carece de asidero legal, puesto que el artículo 310 del Código de Procedimiento Civil, supletoriamente aplicable en el proceso penal, dispone que "Los recursos propuestos dentro de los tres días siguientes a la citación o notificación de una providencia, se tendrán por legal y oportunamente interpuestos, no obstante el hecho de presentarse solicitud de ampliación, reforma, aclaración o revocatoria de la providencia recurrida...".

CUARTO.- IMPUGNACION DEL MINISTERIO

PUBLICO.- De la sentencia absolutoria dictada por voto de mayoría del Tribunal Cuarto de la Penal de Pichincha, interpuso recurso de casación el señor Agente Fiscal de la Unidad Especial de Investigaciones Financieras del Ministerio Público, fundamentado en tiempo legal por el señor Ministro Fiscal General, subrogante, en escrito de fojas 17 a 29 vuelta del expediente 164-2002 RM, alegando violación de la ley en la sentencia, por no haberse aplicado el inciso tercero del artículo 363 del Código Penal que reprime "a quien publicitare o autorizare un balance o cualquier otro informe falso o incompleto cualquiera que hubiere sido su propósito al verificarlo"; por lo que aduce el juzgador que la Superintendencia de Bancos ya sancionó esta infracción, imponiendo penas pecuniarias, y que ninguna persona puede ser juzgada o penada dos veces por el mismo hecho, por prohibirlo el artículo 160 del Código de Procedimiento Penal y la Constitución Política del Estado en su artículo 24 numeral 26; y por no haberse

aplicado el artículo 257 del Código Penal, que tipifica el delito de peculado, omisión atribuible a errónea interpretación de esta norma legal, y a defectuosa valoración de la prueba incorporada al proceso, con infracción de los artículos 61 y 64 del Código de Procedimiento Penal, dando por resultado que se haya absuelto al procesado, en contravención al inciso segundo del artículo 326 *ibidem*, pues habiéndose comprobado la existencia material de los delitos previstos en los artículos 257 y 326 del Código Penal, así como la responsabilidad de Alejandro Peñafiel Salgado, Presidente Ejecutivo del Banco de Préstamos S. A., debió ser condenado a la pena máxima de ocho años de reclusión mayor ordinaria, establecida en el artículo 257 del Código Penal, en aplicación del numeral 2 del artículo 81 *idem*, que ordena imponer la pena señalada para el delito más grave, cuando concurra un delito de prisión correccional con otro delito de reclusión.- Observa el señor Ministro Fiscal General, subrogante, que el juzgador en el fallo absolutorio, "establece que el accionar de José Alejandro Peñafiel Salgado, no se adecua al tipo previsto en el artículo 257 del Código Penal considerando que esta norma no es aplicable, entre otras razones jurídicas porque la Constitución Política de la República en su artículo 121 exige apropiación indebida de fondos, bienes o recursos públicos y que en tal apropiación haya intervenido el sujeto inculpado a título de funcionario público o las personas determinadas en dicha norma constitucional; y que quienes no tengan estas calidades solo podrán inculparse por el delito de peculado, cuando ha participado en el delito cometido por un funcionario público".- El recurrente

censura especialmente la consideración hecha por el Tribunal Cuarto de la Penal de Pichincha, sobre que "la acusación del señor Agente Fiscal, de infringir los límites de crédito previstos en el Art. 73 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero ha sido desvanecida por la propia contestación de la Superintendencia de Bancos y porque del proceso no aparece la resolución del órgano de

vinculadas como establece el último inciso del Art. 74 de la Ley' ibidem, enervándose de esta manera no sólo la inculpación de una conducta que se adecue a las personas que consten en la excitativa fiscal, sino en los artículos 72, 73, 74, 75 y 76 de la citada Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, pues es requisito para la imputación de estos hechos, demostrar el otorgamiento de créditos en un límite superior al establecido por dichas normas y demostrar que éstos se hayan concedido dentro de los ciento ochenta días anteriores a la declaración de la liquidación forzosa, al tenor del literal h) del Art. 134 (hoy 132) de la susodicha ley y que además esta conducta haya sido reiterada, esto es ... de tal grado y magnitud que esté en proporción con el monto y frecuencia de sus

transacciones". En réplica a ese argumento de dicho Tribunal inferior, el Ministro Fiscal, subrogante en el apartado TERCERO de su escrito de fundamentación, manifiesta que el fallo impugnado "desestima sin ningún razonamiento jurídico los medios probatorios que constan de fojas 1 a 196 de los autos, violando el juzgador con este procedimiento el Art. 64 del Código de Procedimiento Penal, pues el juicio de valor que contiene la parte dispositiva del fallo no es el resultado del análisis conjunto de las pruebas examinadas, toda vez que, sólo hace un análisis parcial para favorecer a Alejandro Peñafiel Salgado a fin de determinar que no aparecen respecto del encausado elementos constitutivos de su responsabilidad"; por lo que pide a esta Sala de Casación considerar que el juzgador inferior no calificó la prueba en su conjunto y no aplicó las reglas de la sana crítica, violando las leyes reguladoras de la apreciación de las pruebas, lo que hace procedente su reexamen, particularmente de los documentos y testimonios que puntualiza en el escrito con el cual sustenta el recurso.

QUINTO.- RECURSO DE LOS ACUSADORES

PARTICULARES.- De la sentencia absolutoria, dictada en voto de mayoría de los vocales del Tribunal Cuarto de la Penal de Pichincha, recurre también el doctor Jorge Eduardo Aulestia Gaybor, por sus propios derechos y como procurador común de los acusadores particulares: Nelita María de Faria Dos Santos de Aulestia, Guillermo Serrano Serrano y Guillermo Gándara Gallegos, apoyándose en disposiciones de la Ley de Casación -inaplicables en una causa penal-, pero también en el artículo 375 del Código Procesal Penal de 1983 y en el artículo 352 del código vigente.- El recurso fue presentado dentro de los tres días siguientes a la notificación de la sentencia, siendo concedido y admitido por oportunamente deducido y por estar basado, entre otras normas, en el artículo 375 del Código de Procedimiento Penal, aspecto jurídico que desvirtúa la alegación del procesado sobre improcedencia de este recurso.- El recurrente señala que las disposiciones legales violadas en la sentencia son los artículos 257 (peculado) y 576 (quiebra) del Código Penal, en relación con los artículos 131 y 134 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero. Señala como razones de su impugnación: el error de derecho del Cuarto Tribunal Penal al considerar como no aplicable al procesado el artículo 257 del Código Penal, arguyendo (el Tribunal Penal) que al tiempo de la comisión del delito acusado no eran sujetos activos de peculado los administradores de los bancos privados. Por el contrario, el impugnante señala que por reforma al artículo 257 del Código Penal, realizada mediante Decreto Supremo N° 1429, publicado en el Registro Oficial número 337 de 16 de mayo de 1977, ya se estableció como sujeto activo del delito de peculado a los servidores que manejen fondos de los bancos, cuando éstos, de hecho, fueran, entre

Documento con posibles errores, digitalizado de la publicación original. Favor verificar con imagen.

No imprima este documento a menos que sea absolutamente necesario.

existencia material del peculado y de manera concurrente las infracciones a la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, sancionables como quiebra, así como la responsabilidad penal del procesado en calidad de autor, por ser el único representante legal con capacidad para obrar "sin el concurso de ningún otro funcionario", al tenor del nombramiento que obra de autos; y, que la demostración de la existencia de los delitos concurrentes y de la autoría del procesado, se ha realizado principalmente con la prueba instrumental incorporada al proceso, la cual revela balances y estados financieros falsos; ocultamiento de información; no registro de determinadas transacciones; existencia de faltantes en la cuenta de inversiones; concentración de créditos a las empresas del grupo denominado Peñafiel; operaciones no registradas con firmas vinculadas; concesión de créditos rebasando los límites que señala la ley; triangulaciones; niveles de morosidad elevados; deficiencia de provisiones; no pago de cheques por insuficiencia de fondos; publicación de una información de aumento de capital pagado sin ser cierto, dicho aumento, y todo esto, para apropiarse el procesado de los fondos del banco o hacerlos apropiarse por terceros, en perjuicio de los depositantes, lo que constituye peculado, o para ocultar su cometido. Concluye la fundamentación del recurso, con la petición de que se condene al procesado sancionándole con la pena por el delito más grave de todos los cometidos, esto es la prevista en el artículo 257 del Código Penal, y que además se le imponga -de conformidad con lo dispuesto por los artículos 318 y 329 del Código de Procedimiento Penal- la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados a los acusadores particulares, que -dice- fuimos perjudicados, toda vez que "solamente el 10 de mayo del 2000, fue posible realizar una negociación, con pérdida del 26% con el Banco Solidario, que, a su vez negoció nuestras acreencias o papeles fiduciarios...".

SEXTO.- IMPUGNACION DEL PROCESADO.- El economista José Alejandro Peñafiel Salgado, al contestar los escritos de fundamentación de los recursos deducidos por el Ministerio Público y por el doctor Jorge Eduardo Aulestia Gaybor, así como en el escrito de fundamentación de su propio recurso de casación, manifiesta: 1. El numeral 1 del artículo 99 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 595 de 12 de junio del 2002 derogó expresamente, el Título XI de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control -LOAFYC-, expedida con Decreto Supremo N° 1429, publicado en el Registro Oficial N° 337 de 16 de mayo de 1977. Observa que el artículo 396, que integra dicho Título XI, contiene los textos sustitutivos de los artículos 257, 258 y 259 del Código Penal, referentes al delito de peculado, los mismos que, en consecuencia -dice- se hallan derogados; y, que el inciso tercero del artículo 2 del Código Penal, dispone, en forma clara y expresa, que: "deja de ser punible un acto si una ley posterior a su ejecución lo suprime del número de las infracciones", por lo que no puede ser juzgado ni condenado por el delito de peculado ahora inexistente por su derogación expresa. 2. Que el doctor Jorge Eduardo Aulestia Gaybor y, sus representados, no son parte en este juicio, toda vez que la Quinta Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito, en el auto de apertura del plenario de 24 de octubre del 2001, declaró terminada su intervención procesal; y, por lo tanto, los "acusadores particulares", no tienen derecho para interponer el recurso de casación, siendo el presentado absolutamente improcedente. 3. Que la "venta ilegítima de activos": así calificada por el funcionario de la Superintendencia de

Bancos y el Fiscal, a la venta de cartera que hizo el Banco de Préstamos a Moratelo S. A., fue legal, válida, lícita, como lo fue la venta de cartera del Banco Popular hecha por la AGD al Banco de Pichincha, habiéndose calificado subjetivamente el acto jurídico del Banco de Préstamos como ilegítimo por el hecho de que lo hizo Alejandro Peñafiel. 4. Que de conformidad con la disposición imperativa contenida en el artículo 2 del Código Penal, nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado como infracción por la Ley Penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida, debiendo la infracción estar declarada y la pena establecida con anterioridad al acto, por lo que el recurrente sostiene que no puede imputársele el delito de peculado, que se hizo extensivo a los administradores de las instituciones del sistema financiero por reforma al artículo 257 del Código Penal, según Ley 99-26, publicada en el Registro Oficial 190 de 13 de mayo de 1999, esto es, con posterioridad a la realización de los actos calificados ilegalmente como disposición arbitraria y abuso de fondos del Banco de Préstamos S. A., delito hasta entonces imputable sólo a quienes sean servidores públicos; y, citando a Pérez Borja expresa: "Los elementos constitutivos de este crimen son:

1º.- El culpable debe ser un funcionario o empleado público o una persona encargada de un servicio pública; 2º.- Que el culpable haya abusado de los efectos determinados en el Art. 225 (257); y, 3º.- Que el dinero o efectos se encuentren en poder del empleado o de la persona encargada de un servicio público en virtud o razón

de su cargo", recalcando Peñafiel Salgado que los funcionarios o empleados de una institución bancaria, no son funcionarios o empleados públicos, y que los fondos con que éstas actúan, no son fondos públicos, pues éstos provienen del Presupuesto General del Estado, asignados a entidades públicas por medio de las correspondientes partidas presupuestarias; y, por ello, agrega, el artículo 121 de la Constitución Política del Estado, señala que: "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 ... quienes estarán sujetos a las sanciones establecidas por comisión de delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito..."; lo que significa según esta apreciación del recurrente, que solamente los funcionarios públicos pueden ser reos de peculado. Quienes no son funcionarios públicos, para ser procesados por peculado, deben haber participado en hechos en los que necesariamente intervino un funcionario público. 5. Que para extender el peculado a los servidores de los bancos, el Congreso Nacional se vio obligado a reformar el texto del artículo 257 del Código Penal, y para ello dictó la Ley N° 99-26, publicada en el Registro Oficial N° 190 de 13 de mayo de 1999, por lo que, solamente después de la reforma del 13 de mayo de 1999, los funcionarios de los bancos privados pueden ser juzgados por el delito tipificado en el artículo 257 del Código Penal, siendo inconstitucional e ilegal aplicar las reformas contenidas en la Ley 99-26 expedida en 1999, con carácter retroactivo, sobre actuaciones realizadas en agosto de 1998. 6. Que no puede imputarse al procesado el delito que tipifica el artículo 576 del Código Penal, porque el Banco de Préstamos no ha quebrado y aunque ello fuera cierto, tal quiebra no ha sido calificada de fraudulenta por un Juez de lo Civil, de conformidad con lo establecido en los artículos 518 y 520 del Código de Procedimiento Civil, relacionados con el artículo 576 del Código Penal, sin que pueda procesarse

penalmente a persona alguna sin cumplir dicho requisito de prejudicialidad, y habiéndose hecho, se ha incurrido en violación del artículo 16 del Código de Procedimiento Penal. 7. Que el Segundo Tribunal Penal, que le condenó por el delito de peculado, aduciendo que esta infracción penal se cometió por haberse publicado la resolución del Directorio del Banco de Préstamos sobre aumento del capital pagado, publicación realizada en el diario Hoy el día 22 de junio de 1998, revela el absoluto desconocimiento de fiscales y jueces sobre la legislación societaria y bancaria que regula el capital de las sociedades anónimas del sistema financiero, y la forma como se lo incrementa.- Alejandro Peñafiel Salgado señala también que según la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero y la Ley de Compañías, las sociedades anónimas bancarias tienen un capital autorizado, un capital suscrito y un capital pagado; y, que la Junta General de Accionistas del Banco de Préstamos S. A., elevó el capital autorizado en ciento treinta mil millones de sucres para totalizar trescientos cincuenta mil millones de sucres, ya que antes de la elevación, el capital autorizado era de doscientos veinte mil millones de sucres y la Superintendencia de Bancos aprobó la elevación del capital autorizado fijándolo en trescientos cincuenta mil millones de sucres, mediante resolución que se ordenó publicar en la prensa, porque así manda la ley.- Menciona dicho recurrente que cuando la Junta General de Accionistas del Banco de Préstamos S. A., aumentó el capital autorizado, recomendó al Directorio que se aumente el capital pagado en veinte mil millones de sucres para que se llegue a un monto de doscientos veinte mil millones de sucres, pero aquella no era más que una recomendación al Directorio, pues según la ley y el estatuto del banco, el Directorio es el órgano competente para determinar el monto del capital suscrito y del capital pagado, dentro de la cuantía del capital autorizado; y por ello, el Directorio en ejercicio de sus facultades resolvió aumentar el capital suscrito en ciento sesenta mil un millones doscientos cincuenta mil sucres, a ser pagado la mayor parte en numérico (aportes en dinero) al momento de suscripción de las acciones, y el saldo, mediante atribución de acciones por capitalización de utilidades no distribuidas y de reservas por revalorización del patrimonio, lo que significa que también se elevó el capital en ciento sesenta mil un millones doscientos mil sucres, rebasando la recomendación de la junta de accionistas, sin que eso -señala- constituya ni siquiera una falta administrativa, por ser el Directorio del banco, el órgano competente para fijar el monto del capital suscrito y del capital pagado.- Peñafiel Salgado expresa que de conformidad con la ley, para asegurar el derecho preferente de suscripción que tienen los accionistas en proporción a sus aportes, a fin de que no disminuyan sus porcentajes de participación accionaria, el representante legal del banco debe publicar un aviso en el que se haga conocer las resoluciones del órgano de administración por las cuales se haya decidido la elevación del capital; y que, dicho aviso de aumento de capital fue publicado en el diario Hoy, porque así ordena la ley, sin que aquello sea delito al tenor del artículo 18 del Código Penal que dice: "No hay infracción cuando el acto está ordenado por la Ley, o determinado por resolución definitiva de autoridad competente". - Puntualiza que si no llega a suscribir y pagar las acciones emitidas con ocasión de un aumento de capital, su efecto es simplemente el de no perfeccionarse el acto societario, lo que entonces da lugar a que se reduzca el capital autorizado; pero si se cubre el capital suscrito y las acciones no se pagan, entonces el banco tiene la opción de sacar a remate las acciones suscritas no pagadas, exigir el

pago al accionista en mora mediante juicio ejecutivo, o reducir el capital.- Manifiesta que el aumento de capital del Banco de Préstamos S. A. no llegó a perfeccionarse porque se hizo pública la decisión de iniciar el proceso de liquidación forzosa, lo que originó desconfianza y desmotivó a los accionistas e inversionistas; y que, atribuir responsabilidad penal al sentenciado por la publicación del aviso que manda la ley, y por la no suscripción y pago de las acciones que debían hacer los accionistas del banco, y más aún, imputándole el delito de peculado, "es una atrocidad jurídica" que implica violación del artículo 257 del Código Penal aplicada al procesado, sin que haya el más remoto indicio de la existencia de ninguno de los elementos que configuran este delito y peor la responsabilidad de José Alejandro Peñafiel Salgado, cuya actuación se limitó a ordenar la publicación de la resolución de la Superintendencia de Bancos que fijó el capital autorizado del Banco de Préstamos S. A. en trescientos cincuenta mil millones de sucres; a firmar el aviso de elevación del capital suscrito y pagado del banco para que sus accionistas ejerzan sus derechos; y ordenar su publicación, como manda la ley.

SEPTIMO.- NO HAY PECULADO POR LA PUBLICACION DEL AUMENTO DE CAPITAL DEL BANCO DE PRESTAMOS S. A.: La sentencia condenatoria expedida por el Segundo Tribunal Penal de Pichincha, impugnada mediante el recurso de casación por el sentenciado José Alejandro Peñafiel Salgado, se sustenta - como demostración de peculado - en la publicación de un aviso realizada en el Diario Hoy, uno de los de mayor circulación en la ciudad de Quito, edición del día lunes 22 de junio de 1998, aviso, cuyo título dice: "EL BANCO DE PRESTAMOS AUMENTA SU CAPITAL PAGADO EN CIENTO SESENTA MIL MILLONES DE SUCRES, EQUIVALENTES A TREINTA MILLONES DE DOLARES". **Tal publicación tiene como detalle informativo promocional:** "Con este aumento, su capital pagado total asciende a trescientos cincuenta mil millones de sucres, que equivalen a sesenta y siete millones de dólares, y permite al Banco consolidarse como el cuarto Banco de mayor capital pagado del país. Este aumento de capital es una demostración de la confianza que los accionistas tienen en el Ecuador y de su compromiso con los clientes del Banco". El juzgador inferior agrega que en la misma página del diario Hoy, aparece reproducida en facsímil la Resolución de la Superintendencia de Bancos N° SB-INBGF-98-0779 de 17 de junio de 1998, mediante la cual se aprobó -el aumento de capital autorizado del Banco de Préstamos, y que se publica también el aviso a los accionistas para que suscriban las acciones del aumento de capital por ciento sesenta mil un millones doscientos cincuenta mil sucres y la forma de su pago, según resolución del Directorio de la entidad adoptada en sesión celebrada el 18 de junio de 1998. Considera el Segundo Tribunal Penal de Pichincha, que aquella publicación se realizó apartándose del contexto íntegro de la mencionada resolución de la Superintendencia de Bancos, que dispuso el aumento de capital autorizado en ciento treinta mil millones de sucres, mientras que, la publicación alude al acta de la sesión del Directorio para publicitar un aumento de capital pagado. Sobre el particular expuesto, la Sala de Casación encuentra que hay violación de la ley en la sentencia condenatoria por declarar que hay peculado por haberse efectuado aquella publicación, que no es un indicio, peor una prueba de disposición arbitraria, desfalco u otra forma semejante de abuso de fondos, por más que el detalle informativo - promocional puesto en el aviso a los accionistas para que suscriban y paguen el aumento de

capital resuelto por el Directorio, por emplear en tiempo presente los verbos ascender y permitir, cuando debieron usarse en futuro, da lugar a que ese detalle no guarde conformidad con la realidad, pues se da entender como ya pagado el aumento cuando recién se iniciaba el proceso de suscripción y pago de las acciones. Se aprecia en la sentencia impugnada que el juzgador de primer nivel y la Sala que dictó el auto de apertura del plenario, inobservaron las normas legales que regulan el capital de los bancos, y los procedimientos pertinentes para su incremento, confundiendo los conceptos de capital autorizado, capital suscrito, y capital pagado, particularmente los jueces del Segundo Tribunal Penal que sostienen en su fallo, que el aviso para la suscripción y pago del aumento en ciento sesenta mil un millones doscientos cincuenta mil sucres, sale del contexto de la resolución de la Superintendencia de Bancos que aprobó la elevación del capital autorizado en ciento treinta mil millones de sucres. El capital autorizado se fija por la Junta General de Accionistas del Banco y se lo aprueba mediante resolución de la Superintendencia de Bancos, que debe publicarse en un diario de mayor circulación del lugar en el que tenga su domicilio principal el banco. El capital autorizado es el monto total al que puede llegar el capital suscrito, esto es el capital que efectivamente tomen los accionistas, a través de la suscripción de las acciones. El capital suscrito puede llegar al monto del capital autorizado, pero obligatoriamente tiene que ser por lo menos el 50% del capital autorizado. El capital suscrito puede elevarse hasta llegar al monto del capital autorizado por simple decisión de los órganos administradores del banco, sin que se requiera aprobación expresa de la Superintendencia de Bancos.- El capital pagado es la porción del capital suscrito que efectivamente ha sido aportada por los accionistas, el cual no puede ser inferior al 50% de las acciones tomadas a la fecha de la suscripción, debiendo pagarse el saldo en el lapso de un año, o antes si así lo resolviera el Directorio por los motivos que establezca la ley.- El Estatuto Social del Banco de Préstamos S. A.¹ regula el incremento del capital de este banco, en los artículos 5 y 6, que dicen: "...El capital autorizado podrá elevarse en cualquier tiempo por resolución de la Junta General de accionistas, previo el cumplimiento de las formalidades legales y estatutarias. Los aumentos del capital suscrito hasta llegar al monto del capital autorizado, serán aprobados observando las formalidades legales, por el Directorio del Banco, el que emitirá en cada caso un reglamento en el que se determinen las condiciones para la suscripción y pago de las nuevas acciones..." (artículo 5).- "Cuando se resolviera aumentar el capital, los accionistas tendrán derecho preferente a suscribirlo, en proporción a las acciones pagadas que posean, siempre que lo hagan en los términos o plazos que acuerde el Directorio, de conformidad con la Ley..." (artículo 6).- Consta de autos que la Superintendencia de Bancos aprobó la elevación del capital autorizado del Banco de Préstamos S. A. en ciento treinta mil millones de sucres, para que éste alcance a trescientos cincuenta mil millones de sucres, y que, considerando el monto tope del capital autorizado, el Directorio del banco, en ejercicio de sus facultades legales y estatutarias, vista su situación financiera, resolvió que el capital suscrito también se eleve hasta el monto del capital autorizado, y se pague la totalidad

Según folleto que aparece de fojas 321 a 329, en la causa CSJPSP-164-2002-RM.

del capital suscrito mediante aportes en numerario, a la suscripción de las acciones, por la cantidad de ciento cincuenta y cinco mil un millones doscientos cincuenta mil sucres, mediante revalorización del patrimonio, en la suma de cuatro mil millones de sucres; y, por resultados acumulados, la suma de un mil millones de sucres, señalándose en el aviso que los accionistas deberán ejercer su derecho preferente de suscribir acciones dentro de los treinta días posteriores a la publicación.- La resolución del Directorio para que se pague por los accionistas o se atribuya a ellos la totalidad de las acciones suscritas, implica, desde luego, que el Directorio decidió también incrementar el capital pagado en ciento sesenta mil un millones doscientos cincuenta mil sucres, para que llegue a ser igual que el capital autorizado de trescientos cincuenta mil millones de sucres.- Lo que hizo el procesado fue cumplir la disposición legal que manda publicar un aviso a los accionistas para que ejerzan, en treinta días, su derecho de suscripción, cuando el organismo estatutario competente hubiese resuelto el aumento del capital suscrito, señalando en el aviso la forma de pago de las acciones., acorde con la resolución del Directorio.- Ejecutar un acto que ordena la ley, no puede ser imputado como delito, como alega el procesado recurrente al fundamentar su impugnación, alegación que se la estima procedente -solo en este aspecto- por que en la sentencia recurrida el Tribunal Segundo de lo Penal de Pichincha hace errónea interpretación y falsa aplicación del artículo 257 del Código Penal, al condenar al acusado sin existir el delito de peculado en el acto de publicar el aviso que la ley dispone cuando se eleva el capital de una sociedad anónima bancaria, pese a que en el presente caso, la publicación se haya efectuado con un texto de contenido inductivo, para interpretaciones diferentes a la esencia de lo resuelto por la Superintendencia de Bancos o por el Directorio del banco. OCTAVO.- **APLICABILIDAD DEL ARTICULO 257 DEL CODIGO PENAL A SERVIDORES DE UN BANCO, QUE ABUSEN DE SUS**

FONDOS.- El delito de peculado se halla tipificado en la legislación nacional desde 1837, para sancionar a funcionarios y empleados públicos que hayan abusado de dineros públicos entregados a su custodia.- Sucesivas reformas extendieron la responsabilidad penal por peculado también a quienes abusen de fondos privados o de efectos que representen dinero, tales como títulos, documentos y bienes muebles, ya estén en su poder materialmente, ya en poder de administrarlos en razón del cargo, sea que el abuso implique beneficio personal o de terceros, determinándose como abuso: el desfalco, la disposición arbitraria, la malversación de fondos, y formas semejantes; habiéndose posteriormente definido las circunstancias en las cuales la malversación constituye peculado, para después, suprimir la malversación como forma de peculado; y, luego tipificarse el peculado por uso de información reservada, por uso del personal de las entidades públicas, y el peculado por adjudicación o celebración de contratos de ejecución de obras públicas o prestación de servicios públicos sin cumplir requisitos legales.- En cuanto al sujeto activo, se amplió la imputabilidad del delito de peculado primeramente a las personas encargadas de prestar un servicio público; después a los empleados de los bancos y cajas de previsión; más tarde a los dignatarios de elección popular y en general a todo servidor público, seguidamente a todo servidor bancario que maneje fondos de la entidad en la que presten sus servicios; a los particulares que sin la calidad de servidores públicos, participen en la comisión del delito o de sus resultados; y, últimamente a los vocales de directorios o consejos, administradores, funcionarios,

ejecutivos y empleados de todas las instituciones del sistema financiero nacional (no solamente de los bancos) que no tengan el manejo de fondos, pero hubiesen contribuido al cometimiento del delito, en razón de sus cargos.- El denominado "peculado bancario" llamado así para distinguir el que se comete en las instituciones del sistema financiero, del que se perpetra en las entidades del sector público, aparece ya en la reforma al entonces artículo 236 del Código Penal de 1938 (hoy artículo 257), efectuada mediante Ley de 8 de octubre de 1941, publicada en el Registro Oficial número 348 de 23 de octubre de 1941, cuyo artículo primero dispone: "El artículo 236 del Código

Penal dirá: Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años, los empleados públicos y

toda persona encargada de un servicio público que hubiesen abusado de dineros públicos o privados, de efectos que lo representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuviere en su poder, en virtud o en razón de su cargo; ya consista el abuso en desfalco, malversación de fondos, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante.-

También están comprendidos en esta disposición los aus, como empleados, manejaran fondos de los Bancos Central, Hipotecario y Comerciales y de las Cajas de Previsión*.- Tal disposición estuvo vigente hasta el 20 de agosto de 1960, en que entró a regir la Codificación del Código Penal hecha por la Comisión Legislativa Permanente, publicada en el Suplemento al número 1202 del Registro Oficial de esa fecha, en cuyo artículo 233 se tipificó el delito de peculado, con la siguiente redacción del inciso segundo: "Están comprendidos en esta disposición los que, como empleados, manejen fondos del Banco Central, del Sistema de Crédito de Fomento, y Comerciales, y de las Cajas de Previsión Social".- En la Codificación del Código Penal, publicada en el Suplemento al número 147 del Registro Oficial de 22 de enero de 1971, se tipificó el peculado en el artículo 257, sustituyéndose en el inciso segundo (del artículo 233 del Código de 1960) los vocablos "y de las Cajas de Previsión Social", por "y del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social", manteniéndose como imputables de peculado a los empleados de los bancos comerciales.- Cuando se expidió la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, publicada en el Registro Oficial 337 de 16 de mayo de 1977, por lo dispuesto en su artículo 396, se unificó en el artículo 257 del Código Penal las disposiciones hasta entonces contenidas en los artículos 258 y 259 ibidem, y se redactó el inciso tercero del artículo 257 al tenor siguiente: "Están comprendidos en esta disposición los servidores que manejen fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los bancos estatales y privados...".- Este texto del inciso tercero del artículo 257 quedó incorporado al Código Penal, de modo que, al derogarse el artículo 336 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control (por lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, publicada en el Suplemento al Registro Oficial número 595 de 12 de junio del 2002), en nada se afectó al Código Penal, cuerpo normativo independiente, cuyo artículo 257 no fue derogado de manera expresa ni en forma tácita, por la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, algunas de cuyas normas se remiten precisamente al artículo 257 del Código Penal. Mas, como surgió alguna inquietud en el foro y en la prensa sobre los efectos de la derogatoria del artículo 336 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control en relación con la vigencia del artículo 257 del Código Penal, el Tribunal en Pleno de la Corte Suprema de Justicia expidió la resolución, publicada en el Registro Oficial

número 604 de 25 de junio, 2002, mediante la cual se declaró que no había dejado de regir la norma punitiva que tipifica y reprime el peculado.- Nadie ha impugnado la constitucionalidad, legalidad y validez de esta resolución, que es de obligatoriedad general hasta cuando el Legislador, mediante ley, disponga lo contrario, y el Congreso Nacional ninguna ley ha expedido que deje sin efecto la resolución de la Corte Suprema, dictada al amparo y según lo dispuesto por el artículo 15 de la Ley Orgánica de la Función Judicial; ni el Tribunal Constitucional ha declarado su inaplicabilidad o inconstitucionalidad.- Por reformas (publicadas en el Registro Oficial número 863 de 16 de enero de 1996) a la Constitución Política de 1979, aprobada mediante referéndum, se extendió la imputabilidad en el cometimiento del delito de peculado a las personas naturales que sin tener la calidad de servidores públicos, participen en la comisión del delito debiendo sancionarseles según su grado de participación.- El inciso segundo del artículo 121 de la actual Carta Política reitera la norma constitucional vigente desde enero de 1996, preceptuando que "Los dignatarios elegidos por votación popular, los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado y los funcionarios y servidores públicos en general, estarán sujetos a las sanciones establecidas por comisión de delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuaran aún en ausencia de los acusados. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aunque no tengan las calidades antes señaladas; ellos serán sancionados de acuerdo con su grado de responsabilidad". Que la Constitución Política de la República haya reafirmado la responsabilidad penal de los dignatarios de elección popular, funcionarios, empleados y en general de los servidores públicos; y, más aún que extienda la responsabilidad penal en el cometimiento de los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito de los funcionarios públicos a quienes no tenga tal calidad pero hubieren participado en el ilícito, no significa que el Legislador constituyente, haya derogado el inciso tercero del artículo 257 del Código Penal, que establece responsabilidad penal por el delito de peculado a los servidores de las instituciones financieras que abusen de los fondos encargados a su manejo. Así como la Constitución Política extendió responsabilidad por peculado a los particulares que participen en el delito, el artículo 19 de la Ley 99-26 promulgada en el Registro Oficial 190 de 13 de mayo de 1999 amplió también la calificación de sujetos activos de peculado a los funcionarios, administradores, ejecutivos, empleados y vocales de directorio o de consejos de administración de las instituciones del sistema financiero privado, extendiendo la imputabilidad a quienes, sin tener el manejo de los fondos, pero siendo servidores del sistema financiero, contribuyan en la perpetración del delito; y, esta ampliación del sujeto inculpaible de peculado bancario, no significa que recién el 13 de mayo de 1999 se hubiere tipificado como peculado el abuso de los fondos encargados al manejo de un administrador bancario, cuando lo cierto es que, desde la reforma al Código Penal, publicada en el Registro Oficial de 23 de octubre de 1941, los empleados de los bancos son sujetos del delito de peculado, y desde la reforma promulgada en el Registro Oficial de 16 de mayo de 1977, son reos de peculado todos los "servidores" de los bancos estatales y privados (no sólo los empleados) que abusen de los fondos que manejen. En anteriores pronunciamientos ya expresó esta Sala, que el bien jurídico



protegido por el artículo 257 del Código Penal, más que la propiedad de los bienes para sancionar a quien los sustrae, es el prestigio de la Administración Pública, y por extensión, el prestigio de los bancos y demás instituciones del sistema financiero, para asegurar la confianza del público y el deber de lealtad del servidor encargado de la custodia de los fondos o del manejo de los mismos, en forma legal y lícita, sin abuso ni arbitrariedad.- Desde luego que, cuando además del desprestigio y desconfianza, se causa perjuicio económico patrimonial, la infracción adquiere mayor gravedad, aumenta la malicia del acto y la alarma que la infracción produce en la sociedad. El recurrente economista José Alejandro Peñafiel Salgado, conoce bien por qué el Legislador extendió el tipo del artículo 257 del Código Penal para proteger el prestigio y confianza en los bancos, y por ello, en sus escritos presentados a este Tribunal de Casación con el patrocinio del doctor Gerardo Morales Suárez, contradiciendo las tesis expuestas por su otro abogado defensor acertadamente afirma: "Es el interés general de la colectividad y particularmente, la seguridad del público que confía al banco sus recursos, lo que motivó la extensión de este delito al abuso de recursos bancarios, que antes era de exclusividad de la administración pública, y partiendo de evitar un perjuicio social, una alarma social, una afeción colectiva y general, es que se tipificó esta conducta dentro de los delitos de peculado", y **agrega** "el peculado bancario es un delito mediante el cual, el servidor bancario o de una entidad financiera, distrae indebidamente o le da una aplicación distinta del objeto para el cual se le confió, para uso o beneficio propio, objetos, dinero, o bienes en general que pertenecen al banco, si por razón de su cargo los hubiere recibido en administración, en depósito o en cualquier otra forma, traicionando a la confianza y a la normal garantía del público en cuanto a la custodia de los bienes puestos bajo su cuidado, en perjuicio de la seguridad ciudadana y del comercio humano"; y **más adelante dice**: "el inciso cuarto del artículo 257 del Código Penal hace extensivo el peculado a los administradores, a los ejecutivos, a los miembros o vocales del directorio de las entidades financieras. Esta norma fue creada por la Ley 9926, publicada en el Registro Oficial 190 de 13 de mayo de 1999. No queremos decir que el peculado bancario se creó con esta ley, sino que a los administradores y ejecutivos del banco que no tengan la posesión de bienes o dineros, se les hizo extensivo el peculado, con esta ley de mayo de 1999. Ya se mencionó que la norma amplificadora de la responsabilidad por peculado a los "empleados" de los bancos y cajas de previsión data del 23 de octubre de 1941 (Registro Oficial 348 de esa fecha), y que se generalizó para todos los "servidores" que manejen fondos de los bancos estatales y privados, con la reforma al artículo 257 del Código Penal promulgada el 16 de mayo de 1977 (Decreto Supremo 1429, publicado en el Registro Oficial 337 de esa fecha).- Por lo expuesto, carecen de fundamento las alegaciones del procesado economista José Alejandro Peñafiel Salgado, de no ser aplicable en su contra el tipo previsto en el artículo 257 del Código Penal en relación con sus actuaciones anteriores al 13 de mayo de 1999, ni tienen asidero alguno sus argumentaciones según las cuales dicho artículo del Código Penal desapareció al derogarse el artículo 336 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, y aquella con la cual afirma que el inciso tercero del artículo 257 del Código Penal, referente al peculado de los servidores bancarios, dejó de existir al entrar en vigencia -el 10 de agosto de 1998- el artículo 121 de la Constitución Política que, según el recurrente, estatuye

el peculado sólo para los funcionarios públicos que abusen de fondos de las entidades públicas y para los particulares que participen con un funcionario público en el cometimiento del delito. No existe sustento jurídico para afirmar que una sentencia condenatoria que reprima al procesado José Alejandro Peñafiel Salgado por delito de peculado, pudiera constituir violación de los artículos 24 numeral 1 y 121 de la Constitución Política, y de los artículos 2 y 4 del Código Penal, pues no hay duda alguna sobre la vigencia actual y desde el 16 de mayo de 1977, del inciso tercero del artículo 257 del Código Penal, que es el aplicable al procesado para juzgarle por peculado. **NOVENO.- EL PROCESADO ES SUJETO ACTIVO CUALIFICADO PARA EL DELITO DE PECULADO.** Definido en el considerando anterior la aplicabilidad del artículo 257 del Código Penal para juzgar los actos del procesado José Alejandro Peñafiel Salgado, acusado de ser autor de peculado por abuso de fondos, cuando ejerció la Presidencia Ejecutiva del Banco de Préstamos S. A., corresponde a esta Sala examinar si en efecto aquellos actos configuran el delito imputado, cuyos elementos constitutivos al tenor del tercer inciso del artículo 257 del Código Penal, son: a) Ser el imputado servidor de un banco estatal o privado; b) Tener por razón de su cargo el manejo de los fondos del banco; y, c) Haber abusado de esos fondos, mediante desfalco, disposición arbitraria, o cualquier otra forma semejante. - Consta de autos que el Banco de Préstamos S. A. es un banco privado; que a la época del abuso, era su Presidente Ejecutivo el economista José Alejandro Peñafiel Salgado, según el nombramiento de fojas 40 de la causa CSJ-PSP-210-2001-MG; y que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 41 del Estatuto Social del Banco de Préstamos S. A., que consta a fojas 322 y siguientes del proceso CSJ-PSP-164-2002-RM, el Presidente Ejecutivo es representante legal con facultades para manejar sus fondos, existiendo también en autos constancia de que el Directorio de ese banco, no conoció ni autorizó las operaciones financieras que más abajo se indican, a través de las cuales se cometió el delito de peculado, las que consecuentemente son atribuibles al Presidente Ejecutivo -representante legal, puesto que sin su disposición no hubieran sido realizadas, esto desde luego, sin perjuicio de la responsabilidad que pudieran tener el ex - Gerente General y el ex - Vicepresidente de Contraloría, del Banco de Préstamos S. A., también acusados pero no juzgados por estar prófugos. Es incuestionable que en autos aparece plenamente demostrada la existencia de los dos primeros elementos esenciales para configurar el delito de peculado, por haber sido el procesado al tiempo en que se realizaron los actos punibles acusados, servidor de un banco privado -el Banco de Préstamos S. A. -, con facultad para manejar sus fondos.- Resta entonces analizar si en el manejo de los fondos del Banco de Préstamos S. A., en efecto se abusó de ellos, ya por desfalco, faltantes, disposición arbitraria o formas semejantes. **DECIMO.- PRUEBAS QUE DEMUESTRAN ABUSO DE FONDOS.-** Del examen de la sentencia absolutoria impugnada, dictada por voto de mayoría de los vocales del Cuarto Tribunal de Pichincha; del análisis del voto salvado consignado por el Presidente del Tribunal Penal; del estudio de los autos en relación con las alegaciones de las partes y de la prueba documental e informes periciales mencionados en el voto salvado, por

2 Escrito presentado el 11 de junio del 2002, en la causa CSJ-PSP-210-2002-MG, a fojas 22 vta. y 23 vta., suscrito por el economista Alejandro Peñafiel Salgado.

constar de autos (advirtiendo que no se toma en cuenta las declaraciones de testigos por no estar rendidas en la audiencia de juzgamiento), todo ello para determinar la existencia o no del tercer elemento esencial que configura el delito de peculado bancario, esto es el abuso de fondos por desfalco, faltante, disposición arbitraria, o cualquier otra forma semejante, este Tribunal Supremo de Casación, encuentra plenamente comprobada la existencia del abuso de fondos del Banco de Préstamos S. A., particularmente considerando, entre otros, los siguientes instrumentos públicos que hacen prueba plena: 1.- Oficio INB-98-0037 de enero 8 de 1998, que dice: "Se observa un crecimiento acelerado de la cuenta 1405 "Cartera que no devenga intereses" con tasa de crecimiento mensual del 172,74% lo que en términos absolutos equivale a 45.000 millones entre junio y noviembre/97 ..."; 2.- Oficio No. SB-INBGF-980382 de agosto 6 de 1998, en el que "se dispone que sean recuperados inmediatamente varios préstamos concedidos a empresas vinculadas, especialmente los créditos a Totisa, Tripetrol, Exploration and Product, Compur S. A., Megagrow Investment, cuyas obligaciones en conjunto suman US \$ 10.833.000 dólares".- 3.- Memorando interno INBG-98-591 de septiembre 30 de 1998, del Intendente Nacional de Bancos y Grupos Financieros, en el que se señala, que el total de la deuda de empresas vinculadas ascendería a US \$ 57,4 millones y S/. 307.380 millones de sucres. 4.- Memorando N° INBGF-99-0023 de enero 11 de 1999, suscrito por el Intendente Nacional de Bancos y dirigido al Superintendente de Bancos, que informa "sobre la existencia de créditos al grupo denominado Peñafiel por 94 millones de dólares, de lo cual el nivel de cobranza ha sido nulo".- 5.- Informe de 17 de noviembre de 1998, suscrito por el Intendente de Bancos y Grupos Financieros Patricio Moreno y por el Experto en Supervisión 2 licenciado Jorge Molina, sobre la triangulación hecha con el Tower Bank de Panamá y con la Compañía Moratelo S. A., operación que consistió en lo siguiente: la Compañía Moratelo S. A. adquirió cartera del Banco de Préstamos. Con el valor recibido por la venta, el Banco de Préstamos S. A. constituyó inversiones en el Tower Bank de Panamá por catorce millones setecientos mil dólares; a su vez, esta institución bancaria se hizo garantizar con dichas inversiones un préstamo concedido por el Tower Bank a la Compañía Moratelo S. A. por un valor similar; como Moratelo S. A. no pagó su deuda, el Tower Bank ejecutó la garantía otorgada por el Banco de Préstamos sobre las inversiones provenientes de la venta de la cartera, lo que en definitiva significa que se entregó la cartera de difícil recuperación del Banco de Préstamos S. A. sin real o verdadero pago de su valor por la triangulación fraudulenta efectuada entre esas instituciones.- 6.- Triangulación similar a la referida en el numeral anterior ante el Banco Aliado de Panamá, el Banco de Préstamos de las Islas Cayman Ltd y las empresas panameñas que adquirieron acciones en Cementerio Monte Olivo, Monteolivo S. A., por desinversiones del Banco de Préstamos, con cuyo valor, de la cesión de acciones, constituyó un depósito por treinta millones de dólares en el Banco Aliado, depósito dado en garantía para asegurar el pago de obligaciones de aquellas empresas panameñas, que al no cancelar sus deudas, originaron la ejecución de la garantía.- 7.- Memorando INBGF-99-0023 que determina la existencia de sobreprecio del edificio "Madeleine", recibido en dación en pago por 12.000 millones de sucres, cuando el precio real, según avalúo realizado por los peritos designados por la Superintendencia de Bancos, era de S/. 6.832 millones de sucres, siendo el sobreprecio de S/. 5.168 millones de

sucres.- 8.- Oficio SB-INBGF-98-086 de 6 de marzo de 1998, del cual consta el otorgamiento de un crédito por S/. 11.044'071.525 sucres, a la Empresa Torrini, a diez años plazo, sin intereses y sin garantes.- 9.- Oficio No. INB-2579 de noviembre 26 de 1996, dirigido a Alejandro Peñafiel, Presidente Ejecutivo del Banco de Préstamos S. A., responsabilizándole por haberse descubierto la existencia de un faltante de 1.980 millones de sucres, sin justificación, dentro del rubro "inversiones". 10.- Informe presentado el 13 de noviembre de 1998 por los peritos Luis Campos y Oswaldo Herrera, quienes afirman que "El Directorio del Banco de Préstamos ... en ninguna sesión de Directorio ha aprobado operaciones de crédito en beneficio de empresas relacionadas con los principales accionistas y directores del Banco, ni de Moratelo o relacionadas con depósitos en el Tower Bank o el Banco Aliado de Panamá; que el Directorio no aprobó créditos para las compañías Tripetrol, Exploration and Producción Co, Totisa del Ecuador, Trivelia, Arenatours, Tripetrol Mart, Tripetrol Gas, Tripetrol Holding Inc., Tsachil Power Limited, Bank Express Ltds...". DECIMO PRIMERO. **EXISTENCIA MATERIAL DEL DELITO.**- El análisis de la prueba instrumental mencionada en el considerando anterior, revela que hubo abuso por disposición arbitraria de los fondos del Banco de Préstamos S. A. - **"Abuso"**, en su acepción general, significa el aprovechamiento de una situación en contra de una persona, en contra de algo, en contra del ordenamiento jurídico, o en contra del convivir social. Según la Enciclopedia Jurídica Omeba, significa "toda demasia o exceso en el uso y tiene una aplicación conceptual altísima. Puede referirse a situaciones de aprovechamiento injusto, de infidelidad por abuso de la confianza depositada, de prevalencia de un interés sobre otro, etc.- Jurídicamente se entiende por abuso el hecho de usar de un poder, de una facultad, de un derecho o de una situación especial, más allá de lo que resulta lícito por la naturaleza o por la costumbre.- Teniendo en cuenta el ordenamiento moral de la sociedad, el abuso se comete cuando se actúa aparentemente dentro de la esfera lícita o ética, pero, en realidad, se sale de los límites impuestos por la justicia, la honestidad, la ley o la razón"³. Las formas de abuso que constituyen peculado, según el artículo 257 del Código Penal, son: el desfalco, la disposición arbitraria y cualquier otra forma semejante.- **"Disposición"**, quiere decir: orden, resolución, determinación, decisión; y "arbitrario" significa ilegal, injusto, con maldad, con perversidad, con arrogancia, con prepotencia.- Cuando valiéndose del poder que se tiene para manejar los fondos de un banco, se conceden créditos a empresas vinculadas y se deja de cobrarlos, apartándose de la ley, de la honestidad y de la razón, o cuando se transfiere cartera de créditos o acciones de compañías, aparentando una operación normal, pero en realidad no se recibe el justo precio porque se devuelve lo pagado a través de *suí géneris* operaciones de triangulación, o cuando se recibe en pago de obligaciones, bienes inmuebles sobrevalorados, cuando se dan créditos sin intereses ni garantes, o cuando desaparecen títulos de inversión, es indiscutible que se dispone arbitrariamente de los fondos, se abusa de los mismos y se incurre en el delito de peculado. Todos esos actos se dan en el presente caso, conforme la prueba descrita en el considerando anterior. Así, comprobado que el Banco de Préstamos S. A., fue al tiempo de los hechos un banco privado; que el procesado

³ Enciclopedia Jurídica Ameba, Tomo 1, pág. 113.

fue su Presidente Ejecutivo y por tanto servidor de un banco privado; que manejó los fondos del banco en razón de su cargo; y, que abusó de los mismos, es incontestable que se ha demostrado, conforme a derecho, la existencia material del delito, con todos los elementos que lo configuran. DECIM SEGUNDO.- **RESPONSABILIDAD DEL PROCESADO.**- Como ya se dijo, durante el período en que se abusó de los fondos del Banco de Préstamos S. A. quien los manejó, apartándose de las disposiciones legales, de la honestidad y de la razón, sin poner en conocimiento del Directorio de esa entidad financiera las operaciones señaladas en el numeral 10 del considerando anterior, fue el economista José Alejandro Peñafiel Salgado. Su responsabilidad como autor es incontestable, tanto más que el artículo 40 del Estatuto Social del Banco de Préstamos S. A., preceptúa que el Presidente Ejecutivo será personal y pecuniariamente responsable por operaciones realizadas al margen de la ley. Es más, el mismo procesado en su escrito presentado a esta Sala, tras señalar que los delitos de peculado son dolosos, por, que los desfalcos o las distracciones debidas a negligencia, a impericia, o a inobservancia de normas de comportamiento, no son imputables penalmente, sino que dan lugar únicamente a responsabilidad disciplinaria contable y civil, textualmente señala "El dolo específico en este tipo de delitos les el ánimo de lucro o el provecho personal que busca el agente del delito, porque nadie puede dudar que el agente distrajera lo que poseía legítimamente y los fondos del banco, fueron míos, dando como resultado, que no existe apropiación de lo que es mío".⁴ Si bien puede considerarse el procesado como el mayor accionista del Banco de Préstamos S. A., por poseer directa o indirectamente a través de otras empresas cuyo capital controla, la casi totalidad de las acciones del Banco de Préstamos S. A., ello no significa que sea dueño del banco, ni dueño de los fondos del banco, porque las personas jurídicas son independientes de las personas naturales -accionistas que las conforman y, jamás sus patrimonios pueden confundirse.- Reconocer expresamente el procesado, que se apropió de fondos del banco, porque los consideró suyos, y que en la disposición de lo que es propio no hay delito, es admitir libremente, no sólo que fue autor de los abusos constitutivos del delito de peculado en su provecho personal o de su grupo familiar, con lo que se reafirma la existencia de aquel delito y la responsabilidad del procesado como su autor. En autos consta que la disposición arbitraria de los recursos del banco se hizo también en provecho de terceros, entre ellos a favor de la Compañía Moratelo S. A. que por las operaciones de triangulación indicadas en el considerando anterior, recibió cartera del Banco de Préstamos S. A., y en la realidad, nada pagó por ella; a favor de los propietarios del edificio "Madeleine", beneficiarios del sobreprecio de este inmueble que fue dado en pago por obligaciones adeudadas al banco; a favor de las empresas que adquirieron acciones y derechos en Monteolivo S. A., que por triangulación con el Banco Aliado de Panamá y el Banco de Préstamos Cayman Ltd., se beneficiaron de la cancelación de sus deudas, sin pagarlas; en beneficio de empresas vinculadas, llamado grupo Peñafiel, que no pagaron sus deudas; en provecho de la Empresa Torrinioli que obtuvo un crédito significativo a diez años plazo sin intereses ni garantes. Todas esas operaciones, causaron ingentes perjuicios al banco que

⁴ El escrito consta a fojas 24 del cuaderno de casación, causa CSJ-PSP-210-2002-MG, y se encuentra firmado por José Alejandro Peñafiel Salgado.

entró en situación de severa iliquidez que llevó a la Junta Bancaria a ordenar su liquidación forzosa, según resolución JB-98074 de 24. de agosto de 1998. DECIMO TERCERO. **HAY INFORMES FALSOS E INCOMPLETOS SOBRE LA SITUACION DEL BANCO DE PRESTAMOS S. A. QUE HACEN APPLICABLE EL INCISO TERCERO DEL ARTICULO 363 DEL CODIGO PENAL.**- El señor Ministro Fiscal General, subrogante impugnó la sentencia absolutoria dictada a favor de José Alejandro Peñafiel Salgado, no solamente por violación del artículo 257 del Código Penal, sino también por no haberse aplicado el artículo 363 ibidem.- El inciso tercero del artículo 363 del Código Penal reprime con prisión de dos meses a dos años al fundador, Administrador, Director, Gerente o Sindico de una persona jurídica que publicare o autorizare un balance o cualquier otro informe falso o incompleto, cualquiera hubiere sido su propósito. De autos consta prueba instrumental que acredita la existencia de esta infracción, y entre la más relevante: el informe complementario suscrito por el Intendente de Bancos y Grupos Financieros señor Patricio Moreno y por el Experto en Supervisión 2, licenciado Jorge Molina, de 17 de noviembre de 1998, acreditando que en las operaciones denominadas de triangulación, "se ocultó la verdadera situación financiera del Banco de Préstamos, aparentando el ingreso de recursos frescos, a través de una tercera empresa, pues una parte de la inversión en el Tower Bank de Panamá fue registrada por el Banco de Préstamos como fondos disponibles a pesar de tratarse de un depósito a plazo, procedimiento que ...distorcionó especialmente los indicadores de liquidez"; el memorándum interno INBGF-98-591 de 30 de septiembre de 1998, que revela que no se reportaron créditos con sujetos de presunción de vinculación, por aproximadamente US \$ 49,8 millones de dólares y S/. 189.987 millones de sucres, al 30 de junio de 1998, con lo que el total de la deuda de compañías vinculadas ascendería a US \$ 57,4 millones de dólares y S/. 307.380 millones de sucres"; el memorando interno número INBGF-591 en el cual se da a conocer que la transacción de venta de inversiones del Banco de Préstamos S. A. al Banco Continental no se encuentra registrada en los libros de contabilidad del banco, y que así mismo, no se han contabilizado avales emitidos por el banco; el memorando INBGF-98-0805 de 27 de octubre de 1998, suscrito por el Intendente Nacional de Bancos, en el cual se expresa que se ocultó la verdadera situación financiera del Banco de Préstamos en Cayman, al incluir un activo inexistente por treinta millones de dólares, que sirvió para sobreestimar los resultados e incluso apropiar indebidamente intereses por US \$ 783.089,28 dólares.- El procesado José Alejandro Peñafiel Salgado es responsable de la infracción acusada, por la entrega a la Superintendencia de Bancos de datos falsos o incompletos, contenidos en informes o estados financieros, puesto que él ejerció al tiempo de los hechos la representación legal del banco; y como tal le correspondía el deber legal de verificar la exactitud de aquellas informaciones, y proporcionarlas a la entidad de control, en razón de su cargo, de conformidad con los artículos 41 y 45 letra k) del Estatuto Social del Banco, en concordancia con la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero. Así pues, hay prueba plena y eficaz para que sea condenado como autor del delito que tipifica el tercer inciso del artículo 363 del Código Penal., sin que para ello obste que el organismo de control hubiera multado al Banco de Préstamos S. A. y sus subsidiarias, en ejercicio de su potestad disciplinaria, y sin que, además sea exacto, que el economista Peñafiel Salgado haya sido juzgado y

sancionado con anterioridad por la infracción penal mencionada, porque la Superintendencia de Bancos multó a la institución financiera y no a la persona natural que la representaba; estimándose por lo expuesto, procedente en este aspecto, el recurso deducido por el Ministerio Público y su petición para que se condene al procesado al tenor de lo previsto en el inciso tercero del artículo 336 del Código Penal, infracción que se la considera concurrente con la de peculado, coincidiendo con la opinión del señor Ministro Fiscal General, subrogante. DECIMO CUARTO.

IMPROCEDENCIA DEL RECURSO DEDUCIDO POR

LOS ACUSADORES PARTICULARES.- Ya se mencionó que Nelita María de Fariá Dos Santos de Aulestia, Jorge Eduardo Aulestia Gaybor, Guillermo Serrano Serrano y Guillermo Gándara Gallegos, impugnaron el voto de mayoría del Tribunal Cuarto de lo Penal de Pichincha, argumentando que hay violación de la ley en el fallo, por falta de aplicación de los artículos 257 y 576 del Código Penal, en relación con los artículos 131 y 134 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.- En cuanto a la imputación sobre violación del artículo 576 del Código Penal en concordancia con el artículo 134 de aquella ley, esta Sala consigna que: los acusadores particulares no imputaron este delito, al presentar y al formalizar sus acusaciones, por lo que carecen de derecho para pedir en casación que se aplique al procesado un tipo penal no acusado.- En relación con la alegada violación del artículo 257 del Código Penal, este Tribunal de Casación, luego de examinar el proceso, encuentra que la imputación de peculado se efectuó por los acusadores particulares por considerar que se había abusado de sus fondos -depositados en el Banco de Préstamos S. A.-, encargados al manejo del procesado como su administrador principal, y que el abuso consiste en la no devolución de sus depósitos a plazo fijo; vinculando el abuso de los fondos con el ocultamiento o falsedad de informaciones financieras referidas en el artículo 131 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, vigente al tiempo de los hechos, porque con esas infracciones se escondió el peculado.- La imputación, de los acusadores particulares parte de un concepto falso, creer que al depositar sus fondos a plazo fijo en un banco siguen siendo los fondos de propiedad de los depositantes y que si se abusa de los fondos de su propiedad se comete el delito de peculado contra ellos, perjudicándoles directamente, de lo que surge su derecho para acusar el delito y reclamar indemnizaciones.- No es así, porque según el artículo 2153 del Código Civil, en el depósito de dinero, si no es en arca cerrada, "cuya llave tenga el depositante, o con otras precauciones que hagan imposible tomarlo sin fractura, se presumirá que se permite emplearlo, y el depositario estará obligado a restituir otro tanto en dinero, de acuerdo con la ley". Es decir, cuando se hace depósito de dinero en un banco a plazo fijo, permitiendo que se lo emplee, lo que en realidad se hace es un préstamo, porque esos depósitos generan intereses, y especialmente por que según el artículo 2126 del mismo código, es préstamo de consumo (mutuo) la entrega que hace una de las partes a la otra, de cierta cantidad de cosas fungibles (entre ellas el dinero), con cargo de restitución; préstamo que, conforme el artículo 2127 ibidem se perfecciona con la tradición y "la tradición transfiere el dominio". Por tanto, el dinero de los clientes del banco que hacen depósitos, a plazo fijo, pasa a ser de propiedad del banco, que en contraprestación debe pagar al depositante la suma numérica enunciada en el contrato (en el caso, en el depósito) según el artículo 2129 del Código Civil, y, si por mandato de ley el depósito transfiere el dominio a favor del banco, el abuso de los

fondos del banco no puede ser acusado penalmente sino por el propio banco perjudicado o por el Ministerio Público por tratarse de un delito de acción penal pública. Como los depositantes de dinero en un banco no tienen la calidad de dueños de esos depósitos, no pueden ser ofendidos por el abuso que se haga de los fondos del banco, ni aún en caso de sustracción; y si no son, ni pueden ser considerados como, ofendidos, carecen de derecho para deducir acusación particular, imputando el delito de abuso de los fondos del banco, porque según el artículo 34 del Código de Procedimiento Penal, únicamente puede proponer acusación particular "el ofendido", sus parientes o su representante legal, e indiscutiblemente no pueden ser ofendidos por el delito de abuso de fondos, quien no sea dueño de los fondos abusados. Lo dicho no afecta en nada el derecho de los señores Jorge Eduardo Aulestia Gaybor, Nelita María de Fariá Dos Santos de Aulestia, Guillermo Serrano Serrano, Guillermo Gándara Gallegos, y en general de las personas que depositaron sus fondos en el Banco de Préstamos S. A. para reclamar a esta institución financiera, de ser el caso, la restitución de los depósitos, de conformidad con la ley, a través de la acción civil pertinente.- RESOLUCION.- Esta Primera Sala de Casación Penal, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY: 1. Por lo expuesto en los, considerandos octavo, noveno, décimo, décimo primero, décimo segundo y décimo tercero, en razón de que la sentencia dictada por voto de mayoría del Tribunal Cuarto de lo Penal de Pichincha, por ser absolutoria, viola la ley por no haber aplicado los artículos 257 y 336 del Código Penal, y el artículo 326 inciso segundo del Código de Procedimiento Penal, no obstante haberse demostrado la existencia material de esos delitos y la responsabilidad penal del procesado, como su autor, **CASA LA SENTENCIA IMPUGNADA, DECLARANDO AL ECONOMISTA JOSE ALEJANDRO PEÑAFIEL SALGADO, AUTOR DE LOS DELITOS CONCURRENTES PREVISTOS EN EL ARTICULO 257 Y EN EL ARTICULO 336 DEL CODIGO PENAL, POR HABER ABUSADO DE LOS FONDOS DEL BANCO DE PRESTAMOS S. A., Y HABER DADO A CONOCER O AUTORIZADO INFORMES FALSOS O INCOMPLETOS SOBRE LA SITUACION FINANCIERA DEL BANCO**, provocando -por el cometimiento de esas infracciones concurrentes- gran alarma social, circunstancia agravante prevista en el inciso primero del artículo 30 del Código Penal que impide rebajar la pena pese a que se haya demostrado la existencia de atenuantes; **POR LO QUE SE IMPONE AL ECONOMISTA JOSE ALEJANDRO PEÑAFIEL SALGADO LA PENA DE OCHO AÑOS DE RECLUSION MAYOR ORDINARIA** señalada para el peculado en el artículo 257 del Código Penal, en relación con la regla primera del artículo 81 ibidem, ordenándose que se descuente de la condena el tiempo que el procesado haya permanecido privado de libertad por las causas que se resuelven en el presente fallo de casación.- Al sentenciado José Alejandro Peñafiel Salgado le es aplicable la interdicción dispuesta en el artículo 60 del Código Penal, esto es la suspensión de sus derechos de ciudadanía por un tiempo igual al de la condena; y, queda incapacitado a perpetuidad para desempeñar cargo alguno en las instituciones del sistema financiero, debiendo el Juez de primera instancia comunicar una vez ejecutoriado este fallo, la presente sentencia a la Superintendencia de Bancos, como dispone el inciso quinto del artículo 257 del Código Penal. 2. Por los motivos expuestos en el considerando

séptimo de este fallo, declara procedente el recurso de casación deducido por el economista José Alejandro Peñafiel Salgado, respecto de la sentencia dictada por el Tribunal Segundo de lo Penal de Pichincha, por no configurarse la infracción acusada a la que alude dicha sentencia, con la publicación sobre el aumento del capital del Banco de Préstamos S. A. en razón de lo cual se le absuelve de ese cargo por aquella publicación. 3. Por lo señalado en el considerando décimo cuarto, se declara improcedente el recurso de casación interpuesto por los acusadores particulares; calificándose de no maliciosas ni temerarias las acusaciones particulares deducidas. Devuélvase el proceso al Tribunal Cuarto de lo Penal de Pichincha para ejecución de esta sentencia.- Notifíquese.

f.) Dr. Eduardo Brito Miele, Magistrado Presidente. f.)

Dr. Carlos X. Riofrío Corral, Magistrado, f.) Dr. Gonzalo

Zambrano Palacios, Magistrado. Certifico.- f.) Secretario

Relator.

Corte Suprema de Justicia.- 1° Sala de lo Penal.- Es fiel copia de su original.- Quito, 18 de agosto del 2004. Certifico.- f.) Secretario Relator.

1. MUNICIPALIDAD DEL CANTON BAÑOS DE AGUA SANTA

Considerando:

Que es necesario armonizar las disposiciones internas del Concejo, sobre el uso del equipo caminero (maquinaria pesada) con aquellas contenidas en la Ley de Regulaciones Económicas y Control de Gasto Público, Reglamento especial para el uso de vehículos del Estado y Reglamento de bienes del sector público, y en uso de sus atribuciones,

Acuerda

Expedir la siguiente Ordenanza de uso, movilización, control y mantenimiento del equipo caminero del Gobierno Municipal de Baños de Agua Santa.

CAPITULO 1

Art. 1.- Objetivos:

- El equipo caminero que pertenece al Gobierno Municipal o la Municipalidad del Cantón Baños de Agua Santa tiene como objetivo principal efectuar bajo la modalidad de administración directa, la ejecución de obras de interés social y comunitario, así como proyectos específicos de vialidad, agua potable, saneamiento ambiental, etc., para el desarrollo cantonal; y,
- Contribuir y atender eficientemente los requerimientos de la comunidad y lograr el desarrollo equilibrado y sustentable en el perímetro urbano y rural del cantón.

CAPITULO II

DE LAS RESPONSABILIDADES Y FUNCIONES

Art. 2.- La administración, control y mantenimiento del equipo caminero será ejercida por la Dirección de Obras

Públicas, previa disposición del Alcalde del Gobierno Municipal, autoridad que acatará la presente ordenanza y el Reglamento interno para el uso de vehículos y maquinaria pesada siguiendo los procedimientos, normas y disposiciones que contribuyan a precautelar su eficiente uso.

Art. 3.- La Administración Municipal designará al personal idóneo para la conducción y operación de cada uno de los vehículos y máquinas que conforman el equipo caminero.

Art. 4.- La Dirección de Obras Públicas ejecutará la planificación de obras de acuerdo al presupuesto y plan operativo anual elaborado y presentado por el Alcalde del Gobierno Municipal y aprobado por el Ilustre Concejo Municipal de Baños de Agua Santa.

Es responsabilidad de la Dirección de Obras Públicas:

- Programar, organizar, dirigir, controlar y coordinar el buen uso y mantenimiento de vehículos y la maquinaria pesada.
- Elaborar la programación de trabajos, diseñar, aplicar y asegurar el cumplimiento permanente de procedimientos de control interno relacionados con las actividades de la maquinaria.
- Preparar los datos necesarios para calcular el costo de la mano de obra, materiales, combustible, repuestos, lubricantes, llantas, mantenimiento del equipo entre otros, para elaborar el presupuesto.

Art. 5.- La Dirección de Obras Públicas tendrá el control directo del equipo pesado y supervisará que el personal asignado a cada máquina esté debidamente facultado para su operación. La Jefatura de Recursos Humanos verificará que el personal, tenga el respectivo título profesional, licencia actualizada, capacidad física, responsabilidad y disciplina.

Adicionalmente la Jefatura de Recursos Humanos en coordinación con el Departamento de Obras Públicas, efectuará semestralmente una evaluación de trabajo y de los conocimientos básicos de la Ley de Tránsito al personal responsable de la maquinaria.

Art. 6.- La Dirección Financiera, a solicitud de la Dirección de Obras Públicas, conformará la comisión respectiva de acuerdo con el Reglamento de Bienes del Sector Público, a fin de dar de baja la maquinaria que ha finalizado su vida útil y que no es susceptible de reparación previa autorización del Alcalde.

Art. 7.- En el caso de los accidentes que se produjeren con la maquinaria pesada, el Jefe de Trabajos o responsable del proyecto informará inmediatamente a las compañías aseguradoras. El Departamento Jurídico realizará el seguimiento de los trámites legales y administrativos hasta la recuperación o rehabilitación de la maquinaria.

Art. 8.- Cuando se produzcan daños prolongados en una maquinaria, los operadores y choferes que no pueden ser reubicados, permanecerán en los talleres de mecánica, colaborando en la reparación de su maquinaria, a órdenes del Jefe de Taller o de Recursos Humanos respectivamente.

**ANEXO 3: CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. PRIMERA SALA DE LO PENAL.
EXPEDIENTE DE CASACIÓN 292. REGISTRO OFICIAL 203 DEL 21 DE
OCTUBRE DE 2011²⁶³**

²⁶³ Jurisprudencia tomada de www.lexis.com.ec

forma indicada y por tanto VIOLENTA también los Arts. 16, 18, 19, 272 y 273 del Código Político, o la llamada Ley de Leyes" (sic); 4) Que se ha violado el artículo 405 del Código Sustantivo Penal, por haberse realizado una errada interpretación del artículo 607 del Código Civil, que hace referencia a los inmuebles Por su destino o adherencia; para ello, cita la resolución dictada por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de ese entonces, que analiza el referido artículo 405 del Código Penal; publicada en la Gaceta Judicial No. 2 de la Serie XVII, en la Pág. 564; en sustento de la cual, se observa errada interpretación dada a este caso por los ministros de la Segunda Sala de la Corte Superior de Portoviejo, 5) Señala el recurrente que no se ha efectuado una verdadera valoración de la prueba, vulnerándose de esta forma los artículos 85, 86, 87, 88 del Código Adjetivo Penal; entre ellas, el reconocimiento del lugar de los hechos de conformidad con lo que dispone el artículo 92 ibidem, cuando ha que dado demostrado en el proceso, la destrucción de su casa habitada, lo que conlleva violación del artículo 79 del mismo cuerpo legal; 6) Que los señores ministros han interpretado erradamente el artículo 604 numeral 12 del Código Penal, por consiguiente se ha realizado una interpretación extensivamente del artículo 405 del mismo cuerpo legal. Termina la recurrente solicitando a la Sala case la sentencia impugnada condenando al acusado a la pena de conformidad con el inciso segundo del artículo 405 del Código Penal. - **CUARTO.- ANÁLISIS DE LA SALA:** A fin determinar posibles errores de aplicación de la ley en la sentencia al tenor del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, en relación a los cargos que formula el casacionista en su escrito de fundamentación, esta Sala observa: 1) En los juicios de acción penal privada la acción persecutoria pertenece al querellante, el cual para ejercitar su derecho, debe presentar un libelo de querrela que reúna los requisitos formales previstos en el artículo 371 del Código de Procedimiento Penal, entre ellos determinar con precisión la relación circunstancial de los hechos, pues en base a estos hechos el acusado ejercerá su derecho de defensa; 2) La Segunda Sala de lo Penal de la Corte Superior de Justicia de Portoviejo, señala como principal fundamento para aceptar el recurso de apelación interpuesto y revocar la sentencia condenatoria pronunciada por el inferior, que la acusadora en su libelo de querrela, acusa de la destrucción de bienes inmuebles, mientras que al formalizar la querrela, solicita se le condene por el delito tipificado y sancionado en el artículo 405 inciso segundo del Código Penal, que sanciona la destrucción de bienes muebles con la agravante de haberse ejecutado en pandilla; lo que constituyen dos hechos distintos, que no guardan relación entre sí; es decir, que la querellante no ha dirigido en forma correcta su acción; 3) Para el efecto de encuadrar los hechos y la conducta punitiva del acusado al tipo penal, se debe tomar en cuenta los elementos constitutivos que configuran el delito.- En el caso sub iudice, la querellante sostiene que el acusado se halla inmerso dentro del delito sancionado en el artículo 405 del Código Penal que dice: "La destrucción o el detrimento de propiedades muebles de otro, ejecutado con violencias o amenazas, en su casa habitada o sus dependencias y concurriendo alguna de las circunstancias agravantes, será reprimido con tres a seis años de reclusión menor. La pena será de reclusión menor de seis a nueve años. Si el delito ha sido cometido en reunión o en pandilla". Esta disposición, tiene los siguientes elementos configurados: a) La destrucción de propiedad

de muebles; b) La destrucción debe ser ejecutada con violencias o amenazas; c) Que la casa debe estar habitada; d) Que concorra una de las circunstancias agravantes del artículo 30 del Código Penal; de modo que, en la querrela, la acusadora, debió establecer con claridad, cual es el tipo penal que acusa, a fin de que tenga eficacia su acusación; 4) El análisis realizado por la Sala ad-quem, en el considerando tercero de su resolución; es precisamente para determinar si los hechos narrados en la querrela, se hallan inmersos dentro de la norma penal que acusa; lo que en otras palabras significa tipificar el delito; siendo correcta en ese sentido, la apreciación de los juzgadores y que esta Sala también lo comparte.- Se aprecia que tales conclusiones han tenido como fundamento una motivación acorde con el mandato constitucional contenido en el número 13 del artículo 24 de la Constitución Política de 1998, actual artículo 76 numeral 7, letra e) de la Constitución de la República del Ecuador, aprobada el 20 de octubre del 2008, en relación con el artículo innumerado agregado a continuación del artículo 304 del Código de Procedimiento Penal, así como está claro que han hecho una interpretación restrictiva de la ley, no habiendo duda alguna en cuanto a su aplicación; de modo que, los cargos formulados por la recurrente no tienen asidero legal.- Por lo expuesto, esta Primera Sala de lo Penal, HACIENDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, al tenor del artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de casación formulado por Josefa del Carmen Demera Demera.- Devuélvase el proceso al órgano jurisdiccional de origen para los fines de ley.- Notifíquese y cúmplase.

Fdo.) Dres. Hernán Ulloa Parada, Juez Presidente, Luis Moyano Alarcón y Milton Peñarreta Álvarez, Jueces Nacionales. Certifico f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

Certifico: Que las tres copias que anteceden son iguales a su original. Quito, 7 de septiembre del 2009.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

No. 292-2008

JUEZ PONENTE: Dr. Hernán Ulloa Parada (Art. 185 de la Constitución de la República del Ecuador).

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
PRIMERA SALA DE LO PENAL**

Quito, 22 de enero del 2009; las 1 hOO.

VISTOS: La Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia de 16 de abril del 2008 condenó a Ernesto Rivadeneira García, Francisco Rosales Ramos, Salomón Gutt, Rubén Ordóñez Villacrés, Jean Daniel Benoit, William de Rosa, Fernando Armendánz Saona y Renán Fabián Encalada Garrido, a la pena de ocho años de reclusión mayor ordinaria a cada uno de ellos como autores del delito de peculado bancario, sentencia de la cual interponen recurso de revisión los señores Salomón Gutt, Fernando Armendánz Saona Francisco Rosales Ramos y Rubén Ordóñez Villacrés. Siendo el estado procesal el de resolver, para hacerlo se considera. **PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:** En virtud de lo dispuesto en el Art. 184 numeral 1; Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador publicada en el R. O. No. 449 de 20 de octubre del 2008; numeral séptimo de la sentencia interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el R. O. No. 479 del 2 de diciembre del 2008; la Resolución dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 17 de diciembre del 2008; y, el sorteo de ley respectivo, en nuestras calidades de jueces nacionales de esta Primera Sala de lo Penal, avocamos conocimiento de la presente causa. **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.-** Revisado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pudiera acarrear su nulidad; por lo que este Tribunal declara la validez de esta causa. **TERCERO: FUNDAMENTACIÓN DE LOS RECURSOS DE REVISIÓN Y PRUEBA.-** a) Los ex directores del Banco Popular Salomón Gutt, Francisco Rosales Ramos y Rubén Ordóñez Villacrés fundamentan su recurso de revisión manifestando que: 1. En el dictamen fiscal emitido por el doctor Jorge Cano Racines con fecha 22 de diciembre del 2003 se abstuvo de acusar a Salomón Gutt expresando lo siguiente: "en lo que tiene que ver con los sindicados Francisco Rosales Ramos, Salomón Gutt, Ernesto Rivadeneira García, Rubén Ordóñez, Jean Daniel Benoit y Fernando Armendánz Saona miembros del Directorio del Banco Popular del Ecuador, asistentes a la sesión de Directorio de 17 de junio de 1998, Patricio Serrano León, Francisco Cordovez Acevedo y Esteban López, ex funcionarios del Banco Popular del Ecuador, varios de ellos con niveles de dirección; a juicio de la Fiscalía y sobre la base de los recaudos incorporados al cuaderno procesal, considero que no han participado en modo alguno en los hechos que se investigan por lo que esta Fiscalía se abstiene de acusar a los prenombrados."; 2. Que la doctora María Cerón de Navarro, Ministra Fiscal Distrital de Pichincha, el 18 de octubre del 2004, a las 18h00, en la sustanciación del recurso de apelación del auto de apertura al plenario presentado por los comparecientes manifiesta: "Aceptando los recursos de Daniel Benoit, Ernesto Rivadeneira García, Francisco Rosales, Salomón Gutt, Rubén Ordóñez y Fernando Armendánz por no existir prueba incriminatoria deberían abstenerse de acusarlos"; 3. Que en el curso de la audiencia de juzgamiento el doctor Marcelo Torres, representante del Ministerio Público se abstuvo de acusarlos ante el Tercer Tribunal Penal de Pichincha; 4. Fundamentan su recurso en las causales 2 y 4 del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal y en lo atinente con la causal 2 manifiestan que aquella es procedente "Si existen simultáneamente, dos sentencias condenatorias sobre un mismo delito contra diversas personas, sentencias que

por ser contradictorias revelen que una de ellas está errada"; el 4 de diciembre del 2007, a las 08h10, el Tercer Tribunal Penal de Pichincha dictó sentencia en contra del sindicado Iván Nichols Landes Guerrero declarándolo autor del delito tipificado y reprimido en el Art. 257 del Código Penal, toda vez que en el proceso que se siguió contra Iván Landes se ha expresado con lujo de detalle la inocencia de los recurrentes y cuál fue 1 verdadero alcance de los hechos lo que evidentemente es contradictorio con lo que dispone la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia en su sentencia de 16 de abril del 2008. Y en cuanto a la causal 4, manifiestan que aquella procede: "Cuando se demostrare que el sentenciado no es responsable del delito por el que se le condenó", y al efecto sostienen que "el motivo de revisión que estamos estudiando no se trata del error judicial surgido el momento de establecer la existencia del delito, que es motivo diferente de revisión, sino únicamente del error judicial al momento de establecer la relación causal entre el acto y el autor. El error judicial se refiere a la intervención del acusado en el delito cuya existencia se ha declarado, pues nadie puede ser culpable de haber cometido un acto delictuoso si este no es "consecuencia" de su acción u omisión, como dice el Art. 11 CP, anteriormente citado"; b) Por su lado, Fernando Armendánz Saona en su recurso de revisión que obra de fojas 8341 a 8349, fundamenta su recurso en los mismos argumentos que lo hicieron los anteriores recurrentes, con el agregado de las causales 2, 3, 5 y 7 del Art. 365 del Código de Procedimiento Penal de 1963; c) Entre las pruebas presentadas por los recurrentes constan las siguientes: 1. Del Acta de la Sesión del Directorio del banco Popular del Ecuador, de fecha 17 de junio de 1998, que consta incorporada al proceso principal, así como en el expediente del presente recurso de revisión (fojas 341 a 347), se establece que la intervención de Fernando Armendánz en dicha sesión estuvo relacionada a la presentación de informes respecto a los resultados económicos que reportaron las actividades financieras del banco antes mencionado, con saldos al mes de mayo de 1998, informes sobre las operaciones de crédito e inversiones realizadas con una misma persona o firma vinculada y una exposición respecto a la conveniencia de que se proceda a una emisión de obligaciones por parte del mismo Banco, mientras que en lo relacionado a los términos y condiciones de una operación de financiamiento propuesto por el West Merchant Bank a favor de Ceval Inc., no se observa del contenido de dicha acta que Fernando Armendánz haya tenido intervención alguna en las deliberaciones o resolución de este punto tratado en la sesión del directorio tantas veces referida y conforme incluso se hace conocer estos detalles en una certificación otorgada al respecto por el Secretario General del Banco Popular del Ecuador y que consta a fojas 349 y 350 del expediente de revisión, 2. En la Nómina de directivos de la institución financiera Banco Popular del Ecuador S. A., consta que Fernando Armendánz Saona ejercía el cargo de Gerente de Banca Corporativa Nacional y Director de Mercado de Capitales, según datos registrados desde el 31 de diciembre de 1995 hasta el 30 de junio de 1999 (fojas 365 y 374 del expediente de revisión); 3. Según certificación conferida por el Secretario General de la Superintendencia de Bancos y Seguros, el señor Fernando » Armendánz Saona no ha ostentado la calidad de Director principal o suplente del Banco Popular del Ecuador S. A., de acuerdo a la nómina de directivos de dicha institución

financiera registrada desde el 30 de abril de 1995 al 31 de diciembre de 1999; mientras que del contenido del certificado otorgado por el Registrador Mercantil del Cantón Quito, se infiere que Fernando Armendáriz Saona no ejerció los cargos de Presidente Ejecutivo ni Representante Legal del Banco Popular del Ecuador, según consta de los datos registrados desde abril de 1995 hasta septiembre de 1999 (fojas 375 a 377); 3. De los recaudos procesales se puede establecer que en lo relacionado con el procesado Fernando Armendáriz Saona, se ha demostrado de manera inequívoca que no es responsable del delito por el que se lo condenó, conforme a la causal 4 del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal en vigencia, y que no se ha comprobado conforme a derecho la existencia del delito al que se refiere la sentencia de la Sala de Casación, de abril 16 del 2008, conforme a la causal 6 del Art. 360 ibidem, disposición legal que también es aplicable a los procesados Salomón Gutt, Rubén Ordóñez Villacreses y Francisco Rosales Ramos, en aplicación del Art. 327 del Código de Procedimiento Penal, que dice: **"Cuando en un proceso existan varios coacusados, el recurso interpuesto por uno de ellos, beneficiará a los demás, siempre que la decisión no se funde en motivos exclusivamente personales. Este beneficio será exigible aunque medie sentencia condenatoria ejecutoriada en contra de uno de los acusados"**, conforme al análisis jurídico que se realizará más adelante. **CUARTO: DICTAMEN FISCAL.-** El Director General de Asesoría Jurídica, Subrogante del señor Ministro Fiscal General del Estado, en cumplimiento de lo previsto en el Art. 365 del Código de Procedimiento Penal, ha emitido el dictamen fiscal, aduciendo que en cuanto a la impugnación formulada por los señores Salomón Gutt, Francisco Rosales Ramos, Rubén Ordóñez Villacreses y Fernando Armendáriz Saona bajo el argumento de que existen dos sentencias condenatorias que versan sobre el mismo delito y que son contradictorias entre sí, advierte que tanto la sentencia de Tercer Tribunal Penal de Pichincha, expedida el 4 de diciembre del 2007, como la pronunciada por la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia el 16 de abril del 2008, tiene como objeto y antecedente las operaciones financieras desarrolladas entre el West Merchant Bank y varias compañías pertenecientes al Grupo Financiero Banco Popular, como son Oxidene Group Inc., Ceval Inc., GFP Income Fund y el Banco Popular del Ecuador, y que tuvo como objetivo principal la concesión de financiamiento a favor de Cedal Inc., para que ésta a su vez compre las participaciones accionarias que el Banco Popular del Ecuador mantenía en Bancos Andino de Colombia y Fivenez de Venezuela, y que como consecuencia de tal operación, y de las garantías ejecutadas por el West Merchant Bank, se ocasionó una afectación patrimonial en las inversiones que el Banco Popular del Ecuador mantenía en el GFP Income Fund., considerándole autor del delito tipificado en el Art. 257 del Código Penal a Iván Nicholls Landes; mientras que la sentencia del 16 de abril del 2008 definió el conflicto sobre los mismos hechos, pero respecto a las conductas de Ernesto Rivadeneira García, Salomón Gutt, Rubén Ordóñez Villacreses, Jean Daniel Benoit, William De Rosa, Fernando Armendáriz Saona y Renán Encalada Garrido, quienes fueron sancionados como autores del mismo delito de peculado previsto en el Art. 257 del Código Penal. Por lo mismo, los pronunciamientos de condena son el resultado de procesos de juzgamiento interpuestos y tramitados contra diferentes acusados, sin que los términos en que se definieron los

conflictos en uno y otro caso representen conclusiones contradictorias o excluyentes entre sí, pues vale aclarar que la sentencia de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia expedida como fallo de casación, revocó la sentencia absoluta dictada por el Tribunal Tercero de lo Penal de Pichincha de fecha 31 de agosto del 2006, cuyos argumentos para la declaratoria de no condena son los que corresponden a los consignados en el considerando quinto de la sentencia del 4 de diciembre del 2007 en la parte que hace referencia a los motivos que sirvieron de fundamento para la decisión judicial de absolver a los acusados Ernesto Rivadeneira García y otros. En mérito de las consideraciones que anteceden, el motivo de revisión que se fundamenta en la causal segunda del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal, deviene en improcedente y no admisible. Respecto a la impugnación que se fundamenta en la causal cuarta del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal, los recurrentes Salomón Gutt, Francisco Rosales Ramos y Rubén Ordóñez Villacreses manifiestan que el juzgador incurrió en error al momento de realizar el análisis en la sentencia respecto a la adecuación de la conducta que se les imputa a ellos cuando actuaron como miembros del Directorio del Banco Popular del Ecuador, frente a la integración jurídica del tipo penal del peculado, al inferirse en forma equivocada que dicha actuación equivale a una supuesta disposición arbitraria de fondos. Sobre estas argumentaciones los recurrentes no han respaldado sus posiciones de defensa mediante la presentación o comprobación de nuevos hechos, ya sea que éstos no hayan sido conocidos al momento del juzgamiento, o que habiendo sido incorporados al proceso, no hayan sido estimados en forma alguna por el juzgador en el desarrollo y contenido de su pronunciamiento. La intervención de los recurrentes como miembros del directorio del Banco Popular del Ecuador en la sesión del 17 de junio de 1998, y sobre la cual versa el objeto central del argumento de la impugnación, fue precisamente materia de análisis y estimación en la actividad de valoración de la prueba desarrollada por el juzgador en la parte motiva de la sentencia, en sus considerandos séptimo, noveno y décimo primero de la misma, constituyéndose entonces en un hecho y una cuestión que si fueron materia de debate en el proceso de juzgamiento, y sirvieron de antecedente y referente directos para la definición del conflicto; y esto, independientemente de que la calificación jurídica de esos hechos resulte correcta o desacertada, pues en este último caso, el error en dicha calificación que vendría en un quebrantamiento de la ley, es susceptible de impugnarse mediante casación y no por vía de revisión. De tal suerte que, la impugnación interpuesta en estos términos, deviene en improcedente y no admisible. Sobre la impugnación con la que se deduce el recurso de revisión interpuesto por Fernando Armendáriz Saona, se advierte lo siguiente: a) Del Acta de la Sesión del Directorio del Banco Popular del Ecuador, de fecha 17 de junio de 1998, que consta incorporada al proceso principal, así como en el expediente del presente recurso de revisión (fojas 341 a 347), se establece que la intervención de Fernando Armendáriz en dicha sesión estuvo relacionada a la presentación de informes respecto a los resultados económicos que reportaron las actividades financieras del Banco antes mencionado, con saldos al mes de mayo de 1998, informes sobre las operaciones de crédito e inversiones realizadas con una misma persona o firma vinculada, y una exposición respecto a la conveniencia de que se proceda a una emisión

Documento con posibles errores, digitalizado de la publicación original. Favor verificar con imagen.

 No imprima este documento a menos que sea absolutamente necesario.

de obligaciones por parte del mismo Banco; mientras que, en lo relacionado a los términos y condiciones de una operación de financiamiento propuesta por el West Merchant Bank a favor de Ceval Inc., no se observa del contenido de dicha acta que Fernando Armendáriz haya tenido intervención alguna de las deliberaciones o resolución de este punto tratado en la sesión del Directorio tantas veces referida, y conforme incluso se hace conocer estos detalles en una certificación otorgada al respecto por el Secretario General del Banco Popular del Ecuador, y que consta a fojas 349 y 350 del expediente de revisión; b) En la Nómina de Directivos de la Institución Financiera Banco Popular del Ecuador S. A., consta que Fernando Armendáriz Saona ejercía el cargo de Gerente de Banca Corporativa Nacional y director de Mercado de Capitales, según datos registrados desde el 31 de diciembre de 1995 hasta el 30 de junio de 1999 (fojas 365 a 374 del expediente de revisión), c) Según certificación conferida por el Secretario General de la Superintendencia de Bancos y Seguros, el señor Fernando Armendáriz Saona no ha ostentado la calidad de Director principal o suplente del Banco Popular del Ecuador S. A., de acuerdo a la nómina de directivos de dicha institución financiera registrada desde el 30 de abril de 1995 al 31 de diciembre de 1999, mientras que el contenido del certificado otorgado por el Registrador Mercantil del Cantón Quito, se infiere que Fernando Armendáriz Saona, no ejerció los cargos de Presidente Ejecutivo ni Representante Legal del Banco Popular del Ecuador según consta de los datos registrados desde abril de 1995 hasta septiembre de 1999 (fojas 375 a 377). El Ministro Fiscal Subrogante, señala además, que los hechos y circunstancias antes mencionadas, que no fueron tomados en cuenta por el Juzgador en la fundamentación y motivación de su pronunciamiento de condena, permite establecer con claridad que la actuación de Fernando Armendáriz Saona en el curso de la sesión del Directorio del Banco Popular del Ecuador llevada a cabo el 17 de junio de 1998 no tiene una vinculación directa ni específica con los detalles, términos y condiciones de la operación de financiamiento propuesta por el West Merchant Bank a favor de Ceval Inc., y aprobada en resolución del referido Directorio, decisión ésta que tampoco le correspondió ejecutar al recurrente, habida cuenta que no ejerció cargo alguno que implique representación legal de dicho Banco. Afirma que para efectos de establecer los niveles de responsabilidad en términos jurídico-penales, es indispensable que se compruebe de modo directo y positivo que la conducta que se juzga en torno con este caso relativo con el delito de peculado, para que sea atribuible a un acto específico del acusado, de manera que dicho acto tenga una vinculación clara, inequívoca y directa con los hechos constitutivos del delito, y además, que tal accionar se caracterice por su nivel de relevancia que permita identificárselo como efecto de incidencia consecuente con los resultados de la infracción, precisamente en el grado de relación de causalidad entre acto y autor en los términos previstos por el Art. 11 del Código Penal. También sostiene "que de los nuevos hechos presentados en esta instancia y que no fueron estimados por el Juzgador en su sentencia de condena, se revela en forma fehaciente que el delito de peculado que fue objeto del proceso no resulta jurídicamente atribuible, en ningún grado de responsabilidad, a los actos que se imputaron contra el recurrente Fernando Armendáriz Saona, desde luego que su intervención como funcionario del Banco Popular

no tuvo incidencia alguna, ni tampoco de carácter relevante o determinante en la resolución que adoptó el Directorio de dicho banco sobre la operación de financiamiento propuesta por el West Merchant Bank. De tal suerte que, el recurso de revisión interpuesto por Fernando Armendáriz Saona, bajo el argumento previsto en la causal cuarta del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal, esto es, cuando se demostrare que el sentenciado no es responsable del delito por el que se lo condenó, en mi criterio es absolutamente procedente, y debe así declarárselo por la Sala en la sentencia que resuelve dicho recurso". Finalmente señala que la impugnación que presenta Fernando Armendáriz Saona bajo el fundamento previsto en la causal sexta del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal, amerita las siguientes reflexiones: Para que la existencia jurídica del delito quede comprobada conforme a derecho, esto es, en los términos y requisitos que señala el ordenamiento jurídico tanto sustantivo como adjetivo, es indispensable que al proceso se incorpore y presente toda la información necesaria que acredite la concurrencia integral de los elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo penal, pues la hipótesis y presupuestos de la norma no se cubren ni satisfacen con la comprobación tan solo parcial de los elementos del tipo penal pues la hipótesis y propuestas de la norma no se cubren ni satisfacen con la comprobación tanto solo parcial de los elementos del tipo. Uno de los elementos subjetivos y normativos del delito de peculado previstos en el Art. 257 inciso cuarto del Código Penal, es el relacionado con la calidad o condición del sujeto activo, y específicamente para el caso, cuando se involucra en los hechos que se juzgan a quienes ejercen la función de miembros o vocales de los directorios y de los consejos de Administración de las instituciones del sistema financiero nacional privado, cuando se estima, y por supuesto luego se comprueba, que los actos por ellos ejecutados, aunque no impliquen ni representen manejo o disposición de fondos, hayan representado una significación idónea y determinante para contribuir con la ejecución y resultados del delito, agregando que: "la ampliación o extensión de estos presupuestos de la norma en cuanto se refiere al sujeto activo requalificado del delito de peculado, fue incorporada vía reforma en la ley No. 99-26 publicada en el Registro Oficial No. 190, del 13 de mayo de 1999, y en consecuencia, solo a partir de esta fecha que marca la vigencia de dicha reforma legal es que impera la regulación normativa de tipificación penal en cuanto se refiere exclusivamente a las actuaciones que desarrollan los miembros de los Directorios de las instituciones del sistema financiero, cuando sus intervenciones impliquen una posición táctica y jurídica de contribución hacia la ejecución del delito. Dicho lo anterior, debe deducirse necesariamente que los actos desarrollados ejerciendo la función de miembros de los Directorios de las Instituciones del sistema Financiero, y exclusivamente para ese ámbito ejecutados con anterioridad al 13 de mayo de 1999, no pueden ser considerados como una conducta constitutiva del delito de peculado bancario, desde luego que, antes de esa fecha, esos actos específicos no formaban parte de los presupuestos y elementos subjetivos y normativos del tipo penal, y esto, independientemente de otros actos o conductas que fuera de ese ámbito si son susceptibles de calificarse como adecuados a la hipótesis de la norma material contenida en el Art. 257 del Código Penal, y que

fuera anteriores a la fecha referida". La conclusión que antecede se la infiere desde luego en atención al principio de legalidad sustantiva que proclama al Art. 19, numeral 16, literal c) de la Constitución Política de la República del 1979, vigente a la fecha de los hechos objeto del juzgamiento, garantía constitucional del derecho al debido proceso que la reconocen también las constituciones políticas de 1998 en su Art. 24 numeral 1, y la actualmente vigente del 2008 en el Art. 76 numeral 3; como igualmente se recoge y proclama este derecho en el Art. 2 del Código Penal, en el Art. 158 del Código de Procedimiento Penal de 1983 y en el Art. 2 del Código de Procedimiento Penal del año 2000, en actual vigencia. Por lo expuesto, agrega es señor Fiscal Subrogante "como los actos y hechos imputados a los acusados Salomón Gutt, Francisco Rosales Ramos y Rubén Ordóñez Villacreses, relacionados a sus actuaciones como miembros del Directorio del Banco Popular del Ecuador, se sucedieron el 17 de junio de 1998 (antes de la reforma legal del 13 de mayo de 1999), y tomando en cuenta el efecto extensivo de los recursos en materia penal en los términos previstos por la disposición del artículo 327 del Código de Procedimiento Penal, pues la causal sexta del artículo 360 del mismo Código fue alegada y fundamentada expresamente por uno de los coacusados y recurrente en este mismo proceso de revisión, sin que la argumentación de esta impugnación obedezca a motivos exclusivamente personales, es mi criterio que la Sala debe declarar y calificar como procedente el recurso de revisión interpuesto por Salomón Gutt, Francisco Rosales Ramos y Rubén Ordóñez Villacreses, en fuerza de que por las consideraciones anotadas en el presente considerando de este pronunciamiento; no se ha comprobado conforme a derecho la existencia jurídica del delito de peculado bancario atribuido, por evidente error judicial, a dichos recurrentes.". QUINTO: APRECIACIÓN DOCTRINARIA SOBRE LA REVISIÓN.- A) El procedimiento penal tiene como finalidad llegar a la imposición de una pena respetando la verdad procesal, si esto es así resulta razonable la legitimidad de la sanción por un acto adecuadamente típico y antijurídico. Frente a la posibilidad de un error judicial en la apreciación correcta de los hechos, surge la necesidad de la reparación mediante el mecanismo de un recurso de excepción como es la revisión, asumiendo el riesgo de la vulnerabilidad de la cosa juzgada. La sentencia en firme es generalmente inatacable e impugnada cuando se han agotado los términos para la interposición de los recursos, o cuando habiendo sido interpuestos, el Tribunal de alzada ha ratificado la resolución del Juez a quo. Para el profesor CLARIA OLMEDO en su *Derecho Procesal Penal*. Es objetable considerar a la revisión como un recurso en sentido estricto expresando que: "mejor parece considerarlo como una acción impugnativa que persigue la revocación, de una sentencia firme y anulación del proceso en que se pronunció, fundándose en circunstancias nuevas para la causa por ser recién conocidas o haberse presentado con posterioridad". Participamos en considerar a la revisión como un verdadero recurso, que permite rever una sentencia condenatoria que se encuentra en firme, y que no puede ser impugnada por medios normales; B) Al respecto, es necesario, en primer lugar insistir que de acuerdo con el tipo penal previsto en la norma señalada, el verbo rector del peculado es abusar de dineros públicos o privados, y en general de efectos que los

representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder en virtud o en razón de su cargo, bien sea por desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante incluyéndose los fondos de los bancos estatales y privados como es el caso. Por consiguiente, el peculado es una figura típica dólida, que exige el abuso de los recursos públicos o privados, por ejemplo los captados del público, para disponer arbitrariamente de ellos, sea en beneficio propio o de un tercero, esto es, con el correlativo perjuicio a la entidad de derecho público, como lo determina el tipo penal y que constituye el bien jurídico protegido en la figura del peculado. En el presente caso, a quien se le atribuye el juicio de reproche (procesados), ni realizaron acto injusto alguno, ni tuvieron intención de aprovecharse fraudulentamente de valores pertenecientes al Banco Popular. Según lo señala Francisco Muñoz Conde, en su obra *Teoría General del Delito*, página 182, "dolo es la conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo del delito", de lo cual se desprende que el dolo se encuentra constituido de dos elementos, esto es, el elemento intelectual o conocimiento, es decir, el saber; y, el elemento volitivo o voluntad, esto es el querer, este conocimiento y voluntad hacen relación o referencia a las circunstancias del tipo penal. En definitiva, la conducta de los procesados no es antijurídica porque al momento de los hechos y actos (17 de junio de 1998) no lesionaban ningún bien jurídico tutelado por el derecho penal, ni típica porque no corresponde a los elementos del peculado, por lo que este Tribunal no puede realizar un juicio jurídico de reproche. La responsabilidad penal es personalísima, y a nadie puede condenarse por actos antijurídicos en los que no ha intervenido como equivocadamente ha procedido la Segunda Sala de lo Penal de la ex Corte Superior de Justicia, por lo que no se justifican los elementos del tripartito penal que son: conducta típica antijurídica y culpable, elementos que en cambio, los juzgadores si encontraron en la conducta del ciudadano Nicolás Landes y por las cuales fue condenado; C) Principio de legalidad: Proviene del Latín *nullum crime, nulla poena, sine lege* que significa: No hay crimen, ni pena sin ley previa; es decir primero se debe describir la conducta punible y prever la pena con la cual se castiga al que infringe la norma, evitando con ello la arbitrariedad y la injusticia. El principio en referencia guarda estrecha relación con el artículo quinto de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789, que dice: "La ley no puede prohibir sino las acciones dañosas a la sociedad. Todo lo que es prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no manda" por lo que es evidente que no se puede reprimir un acto por más reprochable que fuere, si no está tipificado como delito, ni sufrir una pena que no esté contemplada en la ley penal. Esta garantía es de carácter universal y en nuestra legislación se encuentra debidamente desarrollada en el inciso primero del Art 2 del Código de Procedimiento Penal que preceptúa: "Legalidad. Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado como infracción por la ley penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida. La infracción ha de ser declarada y la pena establecida con anterioridad al acto. Deja de ser punible un acto si una ley posterior a su ejecución lo suprime del número de las infracciones, y si ha mediado ya sentencia condenatoria, quedará extinguida la pena, haya o no comenzado a cumplirse. Si

la pena establecida al tiempo de la sentencia difiere de la que regía cuando se cometió la infracción, se aplicará la menos rigurosa. En general, todas las leyes posteriores que se dictaren sobre los efectos de las normas del procedimiento penal o que establezcan cuestiones previas, como requisitos de prejudicialidad procedibilidad o admisibilidad, deberán ser aplicadas en lo que sean favorables a los infractores". Pedro Pablo Camargo, en su obra *El debido proceso*, indica sobre el principio de legalidad: "el principio de legalidad obliga al Estado y sus órganos a respetar el conjunto de leyes establecido y, en caso de quebrantamiento, verificar y justificar la aplicación de la ley para quien la ha infringido. La garantía de legalidad se manifiesta en la fundamentación y motivación del acto de autoridad a imponer al ciudadano, a riesgo de ser declarado nulo si se sale del marco de la ley". En efecto, la norma mencionada confiere seguridad jurídica a las personas, pues ninguna persona pueda ser responsable de una infracción, ni sufrir una pena, si previamente no existe una ley que tipifique al acto como delito y le asigne una pena. Así lo contempla el Art. 76, numeral 5 de la Constitución de la República, que recoge con claridad la prohibición de leyes penales con carácter retroactivo, es decir, que está prohibido fundamentar la punibilidad en el derecho consuetudinario, en analogía o en reglamentaciones que emanen del Poder Ejecutivo sin el respaldo expreso de una ley. Es evidente que en razón del demonizado principio de legalidad la materia procesal penal está reservada a la ley formal, pues emana del órgano legislativo para que aquella impere como la expresión de la voluntad general. Las exigencias del principio general de legalidad se extreman en el campo del proceso penal, en el cual se manifiestan los siguientes aspectos: a) En la aplicación de la regla de oro del derecho penal moderno: el principio *nullum crimen, nulla poena sine previa lege*, recogido en el Art. 76.3 de la Constitución de la República que obliga procesalmente a ordenar toda causa penal sobre la base de esa previa definición legal, que, en esta materia sobre todo, excluye, totalmente la tipificación o sanción de un delito, no solo en los reglamentos u otras normas inferiores a la ley formal, sino también en todas las fuentes no escritas del derecho, así como toda interpretación analógica o extensiva de la ley. Es necesario reiterar que el objeto del proceso penal no es el de castigar al delincuente, sino el de garantizarle un juzgamiento justo, ágil y oportuno; b) Cabe también enmarcar aquí, en la medida de su trascendencia procesal, principios como el de igualdad y no discriminación, el de irretroactividad de la ley penal en perjuicio del imputado y de retroactividad en su beneficio; el de *indubio pro reo* y la presunción o mejor llamado estado de inocencia, ambos derivables también del precepto constitucional y de la norma procedimental penal en el que deben presidir todas las actuaciones del proceso y con la conclusión de la sentencia. Por otra parte, la sentencia judicial debe ceñirse a lo pedido por las partes en el proceso, lo que se concreta en la prescripción de la institución de la *ultra petita*. En el área penal, la sentencia judicial sólo puede imponer penas previstas por la ley, por delitos también contemplados previamente en la misma norma penal. En términos generales, el principio de legalidad en un estado constitucional de derecho vincula a las autoridades e instituciones públicas con el ordenamiento jurídico, a partir de su definición básica, según la cual toda autoridad, o institución pública lo es y solamente puede actuar en la

medida en que se encuentre facultada para hacerlo por la normativa constitucional y legalmente autorizado en forma expresa, y todo lo que no le esté autorizado le está vedado; así como sus dos corolarios más importantes, todavía dentro de un orden general: el principio de regulación mínima, que tiene especiales exigencias en materia procesal, y el de reserva de ley, consagrado en el Art. 76.3 de la Carta Política. En el presente caso, el delito de peculado bancario Aplicable a los directores de bancos e instituciones Financieras, se introdujo mediante reforma legal publicada en el Registro Oficial No. 190 de 13 de mayo de 1999, por lo que, a la fecha en que se realizó la Reunión de Directorio de Banco Popular, en la que se aprobó la transacción entre Ceval y West Merchant Bank. No estaba tipificado el peculado bancario. **SEXTO: ANÁLISIS DE LA SALA.-A)** Como se manifestó anteriormente el recurso de revisión es un mecanismo legal para dejar sin efecto una sentencia condenatoria pasada en autoridad de cosa juzgada, para lo cual, la ley determina que se deben aportar nuevas pruebas, lo que precisamente en el caso materia de juzgamiento acontece, pues en el caso de los recurrentes Salomón Gutt, Francisco Rosales Ramos y Rubén Ordóñez Villacrés interpusieron su recurso de revisión en las causales 2 y 4 del Art. 360 del Código de Procedimiento Penal y en lo que respecta a Fernando Amendánz Saona lo hizo en las causales 2, 3, 5 y 7 del Art. 385 del Código de Procedimiento Penal de 1983. Del estudio de los autos consta que los recurrentes han aportado prueba suficiente que justifica fehacientemente las causales por ellos invocadas. En definitiva, el recurso de revisión está contemplado en el Código de Procedimiento Penal como un recurso extraordinario que ataca a la cosa juzgada y cuya finalidad es reexaminar una sentencia cuando se cumplen los presupuestos que establece el Art. 360 del referido cuerpo de leyes, con el ánimo de que no se sacrifiquen los sagrados intereses de la justicia, y de esta forma enmendar los errores judiciales de haberlos, pues el objetivo fundamental del derecho penal es sancionar a quien ha incurrido en un juicio de reproche y reafirmar el derecho a la libertad cuando éste ha sido vulnerado, de tal manera que no se afecte el estado de inocencia de un ser humano, a quien por error de hecho se le haya condenado, pero para su admisión se exige demostración plena del error judicial, es decir, demostrar en que consistió el error, esto es, aportando en el término de prueba que los conductos que sirvieron para dictar el fallo inculpativo fueron falsos y que por ende no tuvieron el sustento jurídico adecuado; B) En definitiva y de los recaudos procesales incorporados al expediente de revisión, se concluye que los recurrentes no causaron perjuicio económico alguno, pues el delito perseguido, no se produjo por la autorización del Directorio del Banco Popular, sino en la entrega de garantías con dineros de sus clientes, las mismas que se ejecutaron por falta de pago del crédito, hechos y actos supervinientes a los que no intervinieron los recurrentes y por cuya razón se condenó al responsable; C) La revisión es un recurso especial y extraordinario que lo puede interponer el procesado en cualquier tiempo luego de haberse ejecutado la sentencia de última instancia, y para cuya procedencia exige se encuadre dentro de las causas contempladas en el artículo 360 del Código de Procedimiento Penal Valorada la prueba aportada en su conjunto se desprenden elementos de juicio suficientes que demuestran la inocencia de los recurrentes. Por lo expuesto y acogiendo el criterio del señor Ministro Fiscal General

Subrogante, que es coherente durante todo el proceso, en razón de los tres dictámenes abstentivos a favor de los recurrentes, esta Primera Sala de la Corte Nacional de Justicia, con sujeción a lo dispuesto en el Art. 367 del Código de Procedimiento Penal, y habiéndose probado conforme a derecho las causales de revisión invocadas por los recurrentes en sus respectivos recursos, ADMINISTRANDI JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, declara procedente los recursos presentados, así como el estado de inocencia de los recurrentes; y, en consecuencia, **absuelve a Salomón Gutt, Fernando Armendáriz Saona, Francisco Rosales Ramos, y Rubén Ordóñez Villacrés.** Cancélese todas las medidas cautelares que pesan en su contra. El actuario de la Sala remita atento oficio al Comandante General de la Policía Nacional, a fin de que se sirva instruir a los mandos a su cargo para que se abstengan de capturar a las personas antes indicadas, así como también remita todos los oficios que fueren necesarios para el oportuno y eficaz cumplimiento de esta sentencia, Notifíquese, publíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Hernán Ulloa Parada, Juez Presidente. Luis Moyano Alarcón y Milton Pañereta Álvarez, Jueces Nacionales. Certifico, f.) Hermes Sarango Aguirre, Secretario Relator.

Certifico. Que las trece copias que anteceden son iguales a su original. Quito, 14 de julio de 2009.

f.) Dr. Hermes Sarango Aguirre. Secretario Relator.

No. 307-2008

JUEZ PONENTE: Dr. Hernán Ulloa Parada (Art. 185 Constitución de la República).

**CORTE NACIONAL DE JUSTICIA
PRIMERA SALA PENAL**

Quito, 19 de marzo del 2009; a las 10h00.

VISTOS: El procesado Flavio Enrique Barros Reinoso, interpone recurso de casación de la sentencia expedida el 9 de junio del 2008, a las 08h55 por la Segunda Sala Penal, Colutorio y Tránsito de la Corte Superior de Justicia del Azuay, que declara al referido procesado como autor y responsable del delito de uso doloso de documento privado falso, tipificado y reprimido por los Arts. 341 y 340 del Código Penal, con la circunstancia agravante del Art. 30 del mismo cuerpo de leyes, imponiéndole la pena de dos años de prisión con el voto salvado del Dr. Vicente Vallejo Delgado, quien considera la existencia de circunstancias atenuantes. El recurso de casación fue debidamente

fundamentado por el recurrente, habiéndose corrido traslado con el mismo al Ministro Fiscal General del Estado quien contestó, de conformidad con lo que establece el Art. 355 del Código de Procedimiento Penal. Siendo el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera: **PRIMERO: JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA-** Esta Primera Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, tiene potestad jurisdiccional y competencia para conocer y resolver los recursos de casación, en virtud de lo dispuesto en el Art. 184, numeral 1 y Disposición Transitoria Octava de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008; numeral séptimo de la Sentencia Interpretativa dictada por la Corte Constitucional y publicada en el Registro Oficial No. 479 del 2 de diciembre del 2008; la Resolución Sustitutiva dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, el 22 de diciembre del 2008 y publicada en el Registro Oficial No. 511 de 21 de enero del 2009, así como por el sorteo de ley. **SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL-** Revisado el procedimiento de la presente causa, no se advierte vicio u omisión de solemnidad especial sustancial que pudiera acarrear su nulidad, por este Tribunal de alzada declara la validez de este proceso penal. **TERCERO: FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO-** El recurrente Flavio Barros Reinoso en su extenso escrito de fundamentación, entre otros argumentos, manifiesta lo siguiente: 1.- Que no se ha comprobado, conforme a derecho la materialidad de la infracción, en razón de que, el informe pericial realizado por el Sargento de Policía César Parreño, no es un informe técnico, puesto que éste al rendir su testimonio ACEPTÓ NO CONOCER NADA DE COMPUTACIÓN, ya que lo que sabe son conocimientos básicos para operar un computador, que no sabe en qué clase de impresora o computadora fue impreso el documento cuestionado, sin que pueda determinar cuál ha sido el procedimiento técnico científico empleado en la experticia realizada, tomándose -dice el recurrente- en un informe empírico, casero, antitécnico y pírrico. 2.- Que en cambio, en e informe pericial ampliatorio realizado por el perito documentológico Dr. Arturo Coronel que actualmente se desempeña como Ministro Juez de la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Cuenca, se concluye claramente que **"NO EXISTE AGREGADO ALGUNO EN LOS DOCUMENTOS, EN LOS QUE EXISTE IGUALDAD EN SU SIMETRÍA Y ALINEACIÓN ASI COMO EN EL TAMAÑO DE LA LETRA Y SU TINTE COMO EN PIGMENTACIÓN ...por lo manifestado en líneas anteriores puedo afirmar que la frase "Presentando mi RENUNCIA IRREVOCABLE a mi cargo, no es un agregado", lo cual según expresa, no fue tomado en cuenta por el Tribunal juzgador. Que la Tercera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia (sentencia del 22 de abril del 2008) al resolver el recurso de casación de una infracción conexa, manifiesta: "el recurrente como prueba de descargo ha presentado en la audiencia del juicio otro informe pericial realizado por el Dr. Arturo Coronel Díaz, el mismo que no fue tomado en cuenta por el Tribunal Ad quem pero que es indudable que aporta duda sobre la existencia o no de la alteración del documento cuestionado, todo lo cual hace aplicable el principio universal del indubio pro reo que es reconocido en el numeral 2 del Art. 24 de la Constitución Política de la República". 3.- Que se ha vulnerado principios legales y constitucionales en la presentación de las pruebas, ya que la Ministra Fiscal Distrital, recién en la**

Documento con posibles errores, digitalizado de la publicación original. Favor verificar con imagen.

 No imprima este documento a menos que sea absolutamente necesario.

**ANEXO 4: CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LO
PENAL. CAUSA N° 412- 2010.**

Al señor: WILLIAM ISAIÁS DASSUM Y DANIEL RODRÍGUEZ GALARZA

Casilla No 980

Juicio No 414-2010

En la causa penal que por el delito de PECULADO se sigue en contra de: ROBERTO ISAIAS DASSUM, WILLIAM ISAIÁS DASSUM, JUAN FRANCO PORRAS, GASTÓN GARCÍA GONZÁLEZ, LEONARDO NAVAS BANCHÓN, ANTONIO ARENAS C., BOANERGUES PEREIRA ESPINOZA, DANIEL RODRIGUEZ GALARZA, GLORIA MAGDALENA AVILA AGUILAR, JORGE EGAS PEÑA, LUIS JÁCOME HIDALGO, MARÍA DEL CARMEN MORLA Y TYRONE CASTRO CASTRO, se le hace saber:

Quito, Abril 10 del 2012

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL.-
Quito, 10 de abril del 2012; las 11h30.-

VISTOS: En el juicio penal incoado por el Estado en contra de ROBERTO ISAIAS DASSUM y otros: Incorpórese el escrito presentado por el abogado Xavier Castro Muñoz, Procurador Judicial de Roberto Isaiás Dassum y, por no corresponder al estado procesal de la causa, se lo desestima; toda vez que lo requerido por él busca dilatar la sustanciación de la causa, así como el escrito presentado por Roberto Isaiás Dassum; lo manifestado por él se lo tiene en cuenta al momento de expedir esta resolución. Así mismo incorpórese al proceso el oficio remitido por la abogada Myrtha Chang Chang, Secretaria del Tribunal y Presidencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas. Incorpórese también el escrito presentado por el señor Luis Jácome Hidalgo y lo manifestado por él se lo toma en cuenta al momento de dictar esta resolución. En mi calidad de Juez Nacional de la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia y al haberse confirmado el auto de llamamiento a juicio plenario por la ex - Primera Sala de lo Penal de la Corte

Nacional de Justicia, la tramitación de la etapa del juicio corresponde al suscrito Juez Nacional de la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, en base de lo previsto en el Código de Procedimiento Penal de 1983 que determinaba que la sustanciación del juicio plenario debía retornar a un juez unipersonal, específicamente al Presidente de la Corte Suprema (hoy Corte Nacional), a quien se le retiraron las facultades jurisdiccionales como tal, uno solo de los miembros de esta Sala, teniendo todos jurisdicción y siendo todos competentes en razón de la materia y del fuero, debe asumir la competencia como juez unipersonal, mediante el sorteo de ley y siendo el estado procesal el de resolver, para hacerlo se considera:

PRIMERO.- JURISDICCION Y COMPETENCIA::

El Consejo de la Judicatura de Transición posesionó a las Juezas y Jueces Nacionales el 26 de enero de 2012. Por su lado, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia en sesión de 30 de enero de 2012, conformó sus ocho Salas Especializadas, conforme lo dispone el artículo 183 del Código Orgánico de la Función Judicial. La Sala Especializada de lo Penal tiene competencia para conocer el recurso de casación según los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial, que en la segunda disposición transitoria dispone que: *“en todo lo relativo a la competencia, organización y funcionamiento de la Corte Nacional de Justicia, este Código entrará en vigencia a partir de la fecha en que se posesionen los nuevos jueces nacionales elegidos y nombrados de conformidad con lo establecido en la Constitución y este Código.”* En tal virtud y por el sorteo de ley contemplado en el Art. 196 ibídem, en nuestras calidades de jueces nacionales, avocamos conocimiento de la presente causa, cuya ponencia correspondió al doctor Wilson Merino Sánchez, conforme lo previsto en el Art. 141 del Código Orgánico de la Función Judicial, me corresponde, dada la etapa procesal,

actuar como juez penal de sentencia, una vez que se ha agotado la fase de la prueba, durante cuya sustanciación las partes procesales han ejercido a plenitud el derecho a la defensa hoy previsto en el Art. 76 n. 7. a) y s.s. de la Constitución del Ecuador en vigencia publicada en el RO 449 del 20 de octubre del 2008, así como en el Art. 8 (**Garantías Judiciales**) n. 2. c), del Pacto de San José o Convención Americana de derechos Humanos de 1969.-

SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL:

Revisado el procedimiento de la presente acción, no se advierte vicio u omisión de solemnidad sustancial que pudiera acarrear su nulidad; por lo que se declara la validez de esta causa penal y si bien es verdad que el presente proceso penal debe tramitarse de acuerdo con el fenecido Código de Procedimiento Penal de 1983, deben aplicarse disposiciones del vigente Código de Procedimiento Penal publicado en el RO.S 360 del 13 de enero del 2000, por mandato expreso de la **Disposición final** que dice en el párrafo 2 y 3, lo que transcribo "... Este Código entrará en vigencia luego de transcurridos dieciocho meses, desde su publicación en el Registro Oficial. Lo previsto en el inciso anterior no será aplicable al Capítulo IV del Título IV del Libro IV y a los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429 y 430, que por desarrollar los principios del debido proceso reconocidos por la Constitución Política de la República, entrarán en vigencia a partir de la publicación de este Código en el Registro Oficial...".

TERCERO.- SOBRE EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA:

De conformidad con el Art. 1 de la Constitución en vigencia, el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, y me corresponde actuar no solo

como juez penal sino inclusive como juez de garantías constitucionales y procesales por mandato de la propia Constitución que nos rige, cuyas normas constitutivas de derechos y principios deben aplicarse de manera directa o inmediata, cumpliendo lo que se denomina la justiciabilidad de los derechos, haciéndose pertinente dejar consignado que el nuevo modelo constitucional que vive el Ecuador, significa que: a) la validez de las normas no depende exclusivamente de la forma de producción sino además de la compatibilidad de sus contenidos con los principios constitucionales; b) la ciencia jurídica propone una visión crítica en relación con su propio objeto y propone la eliminación o corrección de las lagunas y antinomias que surgen de la violación de las prohibiciones y obligaciones de contenido establecidas por la Constitución; c) La actividad jurisdiccional se fortalece en la medida que debe aplicar las normas, y siempre que éstas sean formal y sustancialmente compatibles con la Ley Fundamental; d) se configura un límite y un complemento para la democracia. Un límite, porque los derechos incorporados a la constitución implican prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes y a las mayorías, que de no mediar dicha interdicción, alcanzarían el grado de absolutos. De ello se deduce que, si en el modelo de estado legislativo de derecho que era propio del Ecuador de acuerdo con la Constitución de 1998 aunque había aspectos importantes como todo lo que tenía relación con el *debido proceso* consignado en el Art. 24, el poder emanado de la ley era soberano por cuanto representaba la voluntad general. En el Estado constitucional de derecho, el poder emanado de la ley queda sometido a la Constitución y la decisión democrática que, por principio, es aquella adoptada conforme a un conjunto de reglas y no sólo a la acordada mayoritariamente. Cabe destacar que en el Estado constitucional, los derechos fundamentales no son exclusivamente disposiciones jurídicas producto de la actividad política voluntarista y deliberativa sino que, desde su fundamentación interna, introducen en el sistema una sólida carga axiológica que pretende irradiarla en todo el ordenamiento jurídico. Ya era un avance el reconocimiento que hacía la

Constitución de 1998, que impedía invocar la falta de ley como argumento para irrespetar al mandato constitucional. Hoy el desarrollo y aplicación del *neoconstitucionalismo* es incuestionable en la Constitución del 2008, bástenos recordar los artículos 11, 75, 76, 77, 172, 424, 425, 426 y 427, que constituyen un sólido bloque de preeminencia constitucional.

CUARTO.- CARACTERÍSTICAS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA:

4.1.- La Constitución del 2008 reconoce que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia (Art. 1). La concepción del *Estado garantista* es característica del *Estado constitucional de derechos*, construyéndose sobre la base de los derechos fundamentales de la persona, y al asumir el rol del *garantismo*, vincula los derechos fundamentales consagrados en la Constitución con todos los poderes públicos debidamente constituidos. En un Estado constitucional de derechos, el Derecho crea un sistema de garantías que la constitución pre ordena para el amparo y respeto de los derechos fundamentales. Esta es una vertiente del nuevo Constitucionalismo reconocido hoy como *neo constitucionalismo*

4.2.- Este nuevo enfoque significa un cambio del paradigma, un salto cualitativo de un sistema constitucional que requiere para el respeto de sus derechos fundamentales la existencia de *principios* antes que de normas de derecho positivo, que no pueden ser invocadas para inaplicar (no aplicar) los *principios*, pues como viene reconociendo la Corte Constitucional de Ecuador se debe acudir a principios como los de *ponderación* y de *proporcionalidad*, para decidirse frente a un conflicto entre principios como los de buscar la verdad procesal vs. *la legalidad del debido proceso*, que se lesiona cuando por ejemplo se pretende utilizar una *prueba ilícita* u obtenida mediante una *fuentes ilícita*, fracturando

principios y garantías fundamentales como la inviolabilidad del domicilio, la inviolabilidad de la correspondencia, el respeto al derecho a la intimidad y a la dignidad del ciudadano, entre otros.

4.3.- El Capítulo Primero del Título II de la Constitución se refiere a los DERECHOS y tiene como epígrafe **Principios de aplicación de los derechos**. El artículo 11 de la carta suprema, establece en su numeral 3 la aplicación directa e inmediata por y ante cualquier ~~servidora o servidor~~ público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte, de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Expresamente se señala que para el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley, que los derechos serán plenamente justiciables, y que no podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento (sic).

4.4.- En el numeral 4 se reconoce que ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales, en el numeral 5 prevé que en materia de derechos y garantías constitucionales las servidoras y servidores públicos, administrativos y los operadores de justicia, deberán aplicar la norma y la interpretación que mas favorezcan su efectiva vigencia. Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía, como señala el numeral 6. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas, siendo inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos (n. 8). El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la

Constitución, siendo además el Estado responsable por una inadecuada administración de justicia (n. 9).

4.5.- Cabe recalcar la importancia de los *principios* que igualmente recogió el constituyente de Montecristi, a partir del Art. 424 para destacar la supremacía de la Constitución, reconociendo inclusive la preeminencia de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, que prevalecen frente a cualquier otra norma jurídica o acto del poder público. El *principio pro homine* (a favor del ciudadano o ciudadana) está previsto con rango constitucional como se aprecia de los artículos 417, 426 y 427, pues ante la duda las normas constitucionales deben aplicarse en el sentido que mas favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional.

4.6.- El modelo *garantista* que es propio de la Constitución del 2008 proclama la invalidez de un derecho ilegítimo ante los derechos constitucionales de las personas. Para el valor constitucional de una norma se atiende no a su forma sino a su contenido, relacionándola con las determinaciones existentes en niveles superiores del ordenamiento constitucional. La vinculación a valores y principios constitucionales es lo que motiva que se deba recurrir a un juicio complejo de carácter jurídico antes que moral o político. El *Estado constitucional* se construye normativamente en un trípode: la supremacía constitucional y de los derechos fundamentales enunciados en la propia constitución (o en los tratados internacionales de derechos humanos); el principio de la juridicidad o de la legalidad que somete a todo poder público al derecho; y, la adecuación funcional de todos los poderes públicos a garantizar los derechos de libertad y la efectividad de los sociales. Los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos y solo falta que sean aplicados por los jueces a través de las distintas

vías y acciones que le franquea la Constitución. Una vía legítima es la aplicación incluso de oficio de los *principios* previstos en la Constitución que no requieren de desarrollo normativo pues se aplica la exigibilidad del respeto al principio sin necesidad de norma expresa.

4.7.- Los derechos fundamentales son realidades jurídicas a favor de las cuales la Constitución ha diseñado importantes técnicas de protección. En lo que dice relación con los derechos constitucionales que se deben aplicar por sobre el argumento de que falta ley (para no aplicarlos), estos son los derechos de protección como los de tutela judicial efectiva, principio de presunción de inocencia, derecho de defensa, etc., que son estimados como autosuficientes. Todos los derechos constitucionales son fundamentales y están cobijados o protegidos por el *principio de su eficacia directa* que se traduce en la inmediata aplicación sin que fuese necesario que haya un desarrollo programático por parte del legislador, porque se trata de un *derecho fundamental o constitucional*. Esa es la importancia de la Constitución como la *norma de las normas* para cuya directa e inmediata aplicación basta su valor dogmático. Pudiera darse el caso en que se requiera del dictado de una ley, para hacer operativo el reclamo, por ejemplo, por la vulneración de un principio constitucional. Una primera consecuencia de que los derechos sean directamente aplicables es que siendo anteriores o preexistentes a la ley, no pueden ser restringidos por el legislador hasta el extremo de desvirtuar su contenido, pues si esto se pretendiere, las leyes que se expidan con tal finalidad resultan ser inconstitucionales conforme el Art. 11. n. 4 de la Constitución Política de la República. Esto viene a ratificar el aserto de que los derechos son anteriores a la actividad del legislador que pretende cohonestar o limitar su efectiva y directa aplicación.

4.8.- Hay que recordar la propuesta de quienes sostienen que las *normas* se pueden expresar como *reglas* y como *principios*. Incluso encontramos profundas

diferencias entre el Estado de Derecho (propio de la Constitución de 1998) y el Estado Constitucional de derechos y justicia (propio de la Constitución del 2008), pues el primero se estructuraba y manifestaba como *derecho por reglas*, mientras que el vigente Estado Constitucional invoca un *derecho por principios*, lo cual tiene una gran importancia en el desarrollo de la actividad jurisdiccional. Nuestra Constitución actual es *normativa* y en virtud de tal reconocimiento no se trata de un conjunto de enunciados más o menos bien estructurados, pues se trata en verdad de normas (de principios y de reglas) vinculantes a todos los ciudadanos y poderes públicos, siendo sus preceptos exigibles y de aplicación inmediata y directa por parte de los distintos operadores del sistema de justicia. Su incumplimiento deviene en la antijuridicidad de tales conductas omisivas.

4.9.- Los llamados *principios constitucionales* que se traducen en lo que llamamos *Derecho de principios*, no se contraponen con el *Derecho de reglas*. Las *reglas jurídicas* tienen su fuente de creación en el legislador en tanto que los *principios constitucionales* son anteriores y preeminentes a las *reglas jurídicas*, tanto que viven sin la existencia previa de tales reglas o de leyes expresas, por la aplicación directa e inmediata de tales *principios* que consagran *derechos fundamentales*. Esta es la mejor herencia de las nuevas corrientes del constitucionalismo moderno en que se inscribe la Constitución Política del 2008 que reconoce al Ecuador como un *Estado constitucional de derechos y justicia*.

4.10.- Podemos encontrar pruebas inequívocas de la inserción constitucional en la corriente del neoconstitucionalismo, en el Art. 426 que prescribe que todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución (sic), recordando que se deroga por ser inconciliable toda norma contraria a esta Constitución, insistiendo en que todos los contenidos de las normas constitucionales que consagran *principios* son directa e inmediatamente vinculantes a los poderes públicos, con tutela judicial efectiva (Art. 75 CR), e

incluso con protección con acciones de ejercicio constitucional, (Arts. 88 a 94 de la Constitución).

4.11.- Los *principios* son en verdad las normas que reconocen los *derechos* de rango constitucional. Así es un *principio* de inmediata y directa aplicación, el de la *legalidad del debido proceso* (Art. 76 n. 3), el de *presunción de inocencia* (Art. 76 n. 2), el de *garantía del cumplimiento de los derechos de las partes*, a que está obligado cualquier autoridad administrativa o judicial (Art. 76 n. 1).

QUINTO.- EL PLAZO RAZONABLE DE DURACIÓN DEL PROCESO PENAL:

La duración de este proceso penal puede ser cuestionada en función del llamado *plazo prudencial* o *plazo razonable* para que se resuelva una controversia, como la presente tiene una duración de más de diez años, pero que de ninguna manera debe ser imputable al infrascrito juzgador, ya que esta resolución se la dicta dentro del plazo razonable y tomando en consideración que la propia Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, señala el derecho del justiciable de ser juzgado en tiempo razonable en su Art. 7. 2. Sobre este tema y en salvaguarda de mi responsabilidad histórica como juzgador, consigno: Un examen como derecho fundamental del plazo razonable exige, desde una primera óptica, sentar las bases conceptuales de la razonabilidad, tarea por cierto compleja por cuanto no existe consenso sobre parámetros determinados de la misma. La razonabilidad en estricto no puede ser definida de manera taxativa. Razonabilidad sugiere un esquema de aceptabilidad y debe ser asimilada por oposición a un esquema de racionalidad, que constituye en rigor una particularidad de la norma jurídica, en sentido coercitivo. Hoy, en los albores del siglo XXI, en una etapa en la cual el Estado Legislativo ha sido superado *in extenso* por el fenómeno de la interpretación constitucional, poco aporta el positivismo jurídico para una mejor comprensión de las controversias jurídicas, sobre todo cuando la Constitución es reconocida como una supra norma, sujeta a



herramientas interpretativas como la ponderación y el principio de proporcionalidad, las cuales superan el concepto aplicativo de la norma como elemento de única referencia para la solución del conflicto. Es aquí donde la razonabilidad desarrolla un rol importante pues frente a la insuficiencia manifiesta del positivismo jurídico para la resolución de conflictos complejos, en los cuales ya no solo se discute normas sino principios, se hace necesario introducir criterios axiológico- normativos de los derechos fundamentales. De un lado, la norma denotará siempre un mandato, un hacer o en su caso, un no hacer, y bajo esa idea, entendemos el sentido de un componente racional, el cual alude a la *razón* del precepto normativo, ciñéndose al esquema de un silogismo jurídico en el cual la premisa mayor es la norma, la premisa menor el hecho fáctico que identifica el problema, y la conclusión está a su vez representada por la decisión que pone fin al conflicto. Distinta es la esencia del derecho fundamental o principio, cuyo componente axiológico o valorativo, se traduce en la ausencia de una fuerza coercitiva inmediata de racionalidad y que más bien, expresa razonabilidad como un componente valorativo de aceptabilidad. Resulta necesario aquí distinguir, de manera puntual, algunas precisiones sobre la justicia constitucional y la justicia ordinaria, en tanto es una posición de crítica que la primera desconoce la labor de los jueces que imparten justicia también constitucional en el seno de los conflictos denominados ordinarios, y que por tanto, constituye una indebida atribución conceptual denominar justicia constitucional a una especie de supra justicia, atribuible solo a la Corte Constitucional, pues hoy los jueces ordinarios somos jueces de control de constitucionalidad en los casos concretos que nos corresponde resolver, así como cuando fuese del caso se debe ejercer lo que hoy se llama *control de convencionalidad* que es el respeto al contenido normativo de la Convención Americana de Derechos Humanos, y cuando fuese pertinente, aplicar los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la que se le reconoce la calidad de jurisprudencia del sistema interamericano. El control difuso de constitucionalidad, como potestad aplicativa de todos los jueces del Poder

Judicial, representa en rigor una expresión plena de justicia constitucional. En cuanto al examen del derecho al plazo razonable como un derecho fundamental, es pertinente señalar que el debido proceso, en su calidad de derecho continente, comprende el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, bajo un esquema de inclusión implícita. Aquí resulta importante fijar ya como premisa de trabajo que no podemos fijar una perspectiva de plazo razonable si no entendemos su aplicación desde la conjunción de tres requisitos procedimentales: actividad procesal del interesado; conducta de las autoridades judiciales, y la complejidad del asunto. El examen exige ser integral pues la valoración del plazo razonable solo desde un ítem de los descritos, denota una insuficiencia manifiesta de valoración, y por cierto, de ser así, la decisión del intérprete resultaría incompleta en su plano argumentativo. El plazo razonable en el ámbito interamericano a nivel de instrumentos internacionales, la justicia supranacional ha delineado el concepto de plazo razonable a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, específicamente en el caso Suárez Rosero Vs. Ecuador (1997), en claro intento de delimitación de los estándares del plazo razonable. Un detalle de suma relevancia para los ordenamientos jurídicos nacionales es la vinculatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH); esto es, el valor vinculante que alcanzan las decisiones de la Corte IDH resulta taxativo para todos los Estados conformantes del sistema interamericano de derechos humanos. Reviste así importancia que esa jurisprudencia fortalece los sistemas de decisiones de los Estados parte. Dicha jurisprudencia de la Corte va a conceptuar que los derechos de las víctimas no han sido elaborados en las normas sino que es el propio desarrollo jurisprudencial, y el criterio dinámico de interpretación, los factores que definen se aplique un nivel de progresividad en la defensa de los derechos de las personas. El nivel de progresividad al que aludimos ha venido siendo construido por los estándares fijados por las decisiones de la Corte IDH y el caso Suárez Rosero v. Ecuador representa la exigencia de que es necesario advertir y por consiguiente

argumentar los 3 componentes valorativos del plazo razonable, a efectos de establecer si un Estado parte violó el derecho de sus ciudadanos y si a mérito de ello, corresponde emitir decisión condenatoria. En el caso Suárez Rosero se produjo una afectación del plazo razonable al haberse producido una incomunicación por espacio de 36 días, supuesto que produjo la afectación del artículo 7.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en clara infracción del carácter excepcional de la medida de incomunicación. Ese estado de incomunicación ni siquiera le permitió a Suárez Rosero el patrocinio de un defensor público, de donde podemos inferir una grave afectación al derecho de defensa. De otro lado, el afectado estuvo privado de su libertad por 3 años y 10 meses cuando la ley ecuatoriana establece un máximo de 2 años como pena para el delito de encubrimiento. Dicha situación resulta igualmente violatoria de la necesaria proporcionalidad entre delito y sanción, en la medida que ésta no puede sobrepasar el margen punitivo que contempla la ley para una conducta contraria a los bienes jurídicos que protege el Derecho Penal. La determinación del plazo razonable reviste complejidad en atención a la dificultad propia de definición de un estándar particular, al tiempo que no resulta aún de consenso común en la jurisprudencia constitucional comparada. La razonabilidad en sí misma no puede implicar, dados sus márgenes de aceptabilidad y muchas veces de equidad, un escenario puntual que fije contextos taxativos. En tal sentido, la construcción de decisiones respecto a la materialización del plazo razonable, solo puede aludir a la observancia argumentativa de los estándares fijados por la jurisprudencia interamericana, de naturaleza vinculante para los ordenamientos nacionales así como a las decisiones que en sedes nacionales van fijando criterios rectores. Sin perjuicio de ello, dado el matiz de aceptabilidad que reviste una propuesta argumentativa de razonabilidad, creo que existe un margen discrecional moderado para identificar cuándo un plazo es razonable. Concluyo, entonces, con la advertencia de que la aplicación de los estándares sí resulta una exigencia argumentativa para todo intérprete de los derechos fundamentales, y más aún

para los jueces constitucionales de los Estados. En tal sentido, deviene impostergable determinar, respecto a cada pretensión que involucre un examen del plazo razonable, los alcances de la complejidad del caso, de la actividad procesal de las partes y de la conducta de las autoridades judiciales y que en el caso sub lite es imputable a los propios justiciables por la serie de incidentes que ha hecho en la sustanciación del proceso con el único fin de no ser juzgados y evitar con ello que el Estado ecuatoriano haga efectivo el *uis puniende*. No debemos soslayar, en ese mismo examen, que la fijación material, es decir cuantitativa, del plazo razonable, corresponde a una pauta procedimental *ad casum*, es decir dependerá de las circunstancias concurrentes de cada caso en particular. Esa dura tarea corresponde al intérprete jurídico, cuyas exigencias argumentativas en un Estado Constitucional, son aún mayores en la medida que constituye un imperativo categórico una adecuada, suficiente e idónea motivación de la decisión judicial. En el presente caso la aplicación del plazo razonable es un asunto que no es de responsabilidad únicamente de la conducta o diligencia de los jueces, pues se trata de un asunto de tramitación compleja; pero resulta innegable que en este caso concreto no puede postergarse más la resolución del juicio, por cuanto hay personas con órdenes de prisión preventiva que han durado más de diez años sin haber recibido sentencia.

SEXTO.- ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL:

6.1.- El principio de legalidad penal, usualmente expresado bajo la fórmula latina "*nullum crimen, nulla poena sine lege*", supone, según el pensamiento de Beccaria (1738-1794), que: "... sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad". Como es notorio, dicho principio fue proclamado por el art. 8 de la

Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, a cuyo tenor “nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada”, y constituye “un postulado fundamental del Derecho penal moderno”. El art. 25.1 de la vigente Constitución española lo recoge expresamente, al estipular que: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”.

6.2.- El principio de legalidad penal impone, como observan destacados penalistas, una cuádruple exigencia a la norma jurídica incriminadora, requiriendo que se trate de una *lex praevia, scripta, stricta et certa*. Cada ordenamiento jurídico interno precisa el alcance de tales garantías, adoptando una visión más o menos formal o material de las mismas. En el Ecuador está previsto en el Art. 76 n. 3 de la Constitución del 2008, así como en el Art. 2 del Código Penal. Conforme al principio de legalidad, sólo la ley crea delitos, y sólo podrá considerarse delito, aquel hecho que la ley declare delito expresamente. Por eso es que decimos que ‘no hay delito sin ley’. Mientras la ley no prohíba un hecho, el hombre tiene libertad para realizarlo. Con esto, queremos dejar en claro que, en base al principio de legalidad, en Derecho Penal no se admite la analogía; o sea que, si el hecho no está contemplado concretamente en la ley, no podrá aplicarse a él, una norma que castigue un hecho similar (ej.: el hurto y el robo, son hechos similares; si se tratase el caso de que el hurto no estuviese contemplado por el Código, no podría aplicarse, por analogía, al que hurta, la pena correspondiente al robo). Para poder aplicar pena por un hecho, no basta que la ley lo declare delito, sino que es necesario que dicha ley sea previa, anterior al hecho. Con esto se está declarando la irretroactividad de la ley penal; o sea, que ella no puede aplicarse a hechos pasados, sino que debe aplicarse a hechos futuros. La irretroactividad de la ley penal, sólo podrá dejarse de lado cuando la ley posterior al hecho, sea más

favorable al reo (ej.: cuando la ley posterior, establezca pena menor).

6.3.- Beling sostiene que, para que una norma responda al principio de legalidad, ella debe ser: A) Escrita, para que no queden dudas acerca de su contenido. B) Estricta, significa que debe describir concretamente la conducta que es delito (este es un medio para evitar la analogía). C) Previa: debe ser anterior al hecho delictivo. En cuanto al origen del 'principio de legalidad', podemos decir que, si bien en el derecho Romano hubo aplicaciones del mismo, su verdadero origen debe verse en la Carta Magna de 1215, en donde el Rey Juan Sin Tierra hace concesiones a los nobles de Inglaterra. Entre otras libertades, la Carta Magna expresa que «nadie podrá ser arrestado, apisionado... sino en virtud de un juicio de sus pares, según la ley del país» (art. 48 de la Carta Magna), y además el Rey reconoce que sólo el Parlamento podrá dictar Leyes penales. Posteriormente el principio es recibido por la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1789), en la cual entre sus artículos se destacan: Art. 5: «La ley no tiene derecho de prohibir sino las acciones perjudiciales a la sociedad», «todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido»; «nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena». Art. 8: «Nadie puede ser castigado más que en virtud de una ley establecida o promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada». El 'principio de legalidad' también fue recibido por la Constitución de los Estados Unidos (1787).

6.4.- Dada la importancia del 'principio de legalidad' y de la necesidad de su existencia para lograr un ordenamiento jurídico penal justo, todas las legislaciones contemporáneas lo han adoptado, salvo los Estados totalitarios y basados en la fuerza, los cuales para lograr sus fines políticos, han desconocido el 'principio de legalidad'. Esto último, sucedió en 1926 en la legislación rusa, la cual admitió la analogía en materia penal y sostuvo que el 'principio de legalidad' era un principio «burgués». En Alemania también se desconoció el principio de legalidad durante

la época del régimen nazi (1935/1947). El Código Penal Alemán fue modificado por una ley de 1935, la cual sostenía que «eran delitos, no solo las conductas previstas expresamente, sino también aquellas que herían el sano sentimiento del pueblo». De acuerdo con esta ley, se desconocía el principio de legalidad. No obstante, los tribunales alemanes interpretaron la ley de un modo tal que, en la mayoría de los casos, no permitieron que se dejara de lado el 'principio de legalidad'.

6.5.- El art. 11.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos proyecta el principio de irretroactividad tanto en la incriminación interna como en la internacional del individuo, al prever que “nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el Derecho nacional o internacional”. El principio de legalidad de la represión, como conquista trascendental de la filosofía de la ilustración se vincula a la función de garantía individual que tiene la ley penal frente al poder del Estado. Este principio se expresa, en su aspecto formal, con el aforismo **nullum crimen, nulla poena sine lege** (que como se expresara en la primera parte, es una expresión original de Paúl von Feuerbach), que consagra a la ley penal previa como única fuente del derecho penal. **Paul Johann Anselm von Feuerbach** (1775-1833), jurista y filósofo alemán, autor de la teoría del impulso psíquico según la cual el propio temor al castigo ha de ser suficiente para disuadir a los infractores en potencia, Feuerbach pensaba en esencia que el Derecho es independiente de la moral, y siempre se opuso a la pena como venganza. Los antecedentes anteriores a la Ilustración más importantes, que son la Carta Magna (Magna Charta Libertatum) inglesa de Juan Sin Tierra, de 1215, y la Constitución Criminal Carolina germánica de 1532, no poseen el sentido moderno del principio de legalidad. Tal como expresa Santiago Mir Puig, "sólo a partir de la ideología liberal impulsada por la Ilustración y consagrada fundamentalmente por la Revolución, se concibe como una limitación al poder punitivo del Estado dotada del sentido de garantía para la

libertad del ciudadano". El antedicho estudioso agrega que "en su sentido actual, el principio de legalidad se derivó en un principio de la teoría ilustrada del contrato social y presuponía una división política basada en la división de poderes, en la que la ley fuese competencia exclusiva de los representantes del pueblo. El ciudadano sólo admite el paso del estado de naturaleza del estado civil, en virtud de un pacto o contrato social, por el que asegura su participación y control de la vida política de la comunidad. Tal participación tiene lugar por medio del Poder Legislativo, que representa al pueblo. Sólo de él puede emanar la ley, que constituye pues la expresión de la voluntad popular". En consecuencia, el principio de legalidad no es sólo una exigencia de seguridad jurídica, sino también una garantía política.

6.6.- La regla mencionada adquirió categoría de garantía limitadora de la ley penal, en el derecho constitucional norteamericano (1776) y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa (1789). Se hace explícito también en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 11° inciso 2); en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 15° inciso 1); en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 9°) y en la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 40° inciso 2). El valor de dichos tratados internacionales que poseen reconocimiento constitucional está previsto en el Art. 424 y siguientes de la Constitución del 2008. Del principio de legalidad surgen diversas garantías, las que también deben exigirse respecto de la imposición de medidas de seguridad: La garantía criminal exige que el delito (igual "crimen") se halle determinado por la ley (nullum crimen sine lege). La garantía penal requiere que la ley señale la pena que corresponda al hecho (nulla poena sine lege). La garantía jurisdiccional o judicial exige que la existencia del delito y la imposición de la pena se determinen por medio de una sentencia judicial y según un procedimiento legalmente establecido. La garantía de ejecución requiere que también la ejecución de la pena se sujete a una ley que

la regule. Asimismo, la norma jurídica (ley) reguladora del hecho delictivo y su sanción debe cumplimentar determinados requisitos: Exigencia de ley previa que consagra el principio de irretroactividad de la ley penal más severa, ya que es preciso que el sujeto pueda conocer en el momento en que actúa (momento del hecho) si va a incurrir en un delito y, en su caso, cual es su pena. Contrariamente, en beneficio del imputado rige el principio de retroactividad y ultraactividad de la ley penal más benigna (artículo 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículo 15° inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 2° del Código Penal). Es contrario al respeto de un Estado constitucional de derechos y justicia, insinuar pronunciamientos que pretendan justificar la vulneración del principio de no retroactividad estimando que éste no es, en cualquier caso, un principio absoluto y que, en determinadas circunstancias, puede ceder frente a otras exigencias. Debo realizar una ponderación entre los valores garantizados por el principio de irretroactividad, como el de la seguridad jurídica, previsto en el Art. 82 de la Constitución del 2008 y la protección de la persona frente a pretendido abuso del derecho, pues los valores éticos y de justicia material militan en favor del respeto al principio de legalidad y de tipicidad, sin ceder a una propuesta de represión retroactiva. Dar paso a esta expresión del abuso de poder torna relativo el valor de la seguridad jurídica. Por lo anterior, siendo los hechos investigados en este proceso la utilización de los fondos provenientes de los préstamos de liquidez que los directivos de Filanbanco recibieron del Banco Central del Ecuador entre el 14 de Septiembre y el 2 de Diciembre de 1998, así como los préstamos vinculados que pudieron haberse conferido con anterioridad al 2 de Diciembre de 1998, en que Filanbanco pasó a administración y propiedad del Estado se concluye que es aplicable la figura modal del llamado *PECULADO EN GENERAL O TAMBIEN LLAMADO PECULADO MAYOR* y no la de *peculado bancario*, pues tal figura penal se incluye como reforma mediante L.99- 26. RO 190 del 13 de mayo de 1999es decir luego de la comisión del ilícito penal de peculado general que estuvo

legislado con anterioridad a la fecha en que sucedieron tales hechos.

SÉPTIMO.- PARTICIPACION Y GRADACIÓN DELICTUAL:

Para garantizar el respeto al debido proceso como la tutela judicial efectiva consagrados tanto en la Constitución de 1998 como en la del 2008, es obligación del juzgador individualizar como corresponde el grado o calidad en la participación delictual, lo que en mi opinión no lo hicieron los juzgadores que declararon el llamamiento a juicio en contra de los coimputados o cosindicados, esto es, no señalan o determinan como corresponde si se trata de autores, cómplices o encubridores, equívoco en el que incurrió en principio el juez de la alzada, pues decir *ratificase en todas sus partes*, es incumplir la obligación del juez de respetar el derecho a la seguridad jurídica previsto en el Art. 82 de la Constitución de 2008, esta omisión sin duda vulnera la inviolabilidad el derecho de defensa del Art. 76. 7 de la Constitución de Montecristi, al no saber los justiciables el grado de participación en que están siendo llamados a juicio. Al efecto y refiriéndose con la teoría de la participación, el profesor EUGENIO RAUL ZAFFARONI, Magistrado de la Corte Suprema de la Nación Argentina, hablando de la configuración jurídica de la concurrencia de personas, dice: “ como en cualquier obra humana, en el delito pueden intervenir varias personas desempeñando roles parecidos o diferentes, lo que da lugar a los problemas de la llamada *participación (concurrencia o concurso) de personas en el delito*, como complejo de cuestiones especiales de la tipicidad. Cabe precisar que la expresión *participación*, tiene dos sentidos diferentes: a) en sentido amplio, *participación* es el fenómeno que opera cuando una pluralidad de personas *toma parte en el delito*, como *participantes* en el carácter que fuere, es decir, como autores cómplices e instigadores; b) en sentido limitado, se entiende por *participación* el fenómeno por el que una o más personas *toman parte en el delito ajeno*, siendo *participes* sólo los *cómplices* y los *instigadores*, con exclusión de los autores” (DERECHO PENAL. *Parte General*.

Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 735). Hay quienes piensan incluso, en la figura de un autor único para evitar discusiones en la concurrencia de personas en la comisión de un delito, pero a la postre resulta indispensable poder establecer nítidas diferencias entre el autor y los partícipes, pues el ejercicio real del poder punitivo estatal está condicionado a la calidad de las personas que concurren en la comisión de un delito, para poder imponer la pena respetando el principio de la proporcionalidad. Se consideran autores a quienes cometen el delito de propia mano, como bien dice el profesor GÜNTHER JAKOBS, "autor es siempre quien comete el hecho por sí mismo, es decir quién ejecuta de propia mano la acción fáctica dolosamente y sin sufrir error, y presenta las necesarias cualificaciones de autor, objetivas y subjetivas, específicas del delito (DERECHO PENAL, *Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2da. Edición corregida, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 744). El cómplice es el que participa en la comisión de un delito ayudando o cooperando con el autor, el autor que comete por sí mismo un delito puede ser al mismo tiempo coautor junto con otro interviniente si este otro es responsable, en plano de igualdad por configuración. Como expresa el propio JAKOBS, "El Derecho Penal al reconocer la coautoría, está extrayendo la consecuencia lógica de que sea posible la división del trabajo. La coautoría concurre cuando según el plan de los intervinientes, se distribuyen las aportaciones necesarias para la ejecución, sea en todos los estadios del delito, sea entre los distintos estadios, de manera que también personas no participantes en la ejecución codeterminan la configuración de ésta, o el que se lleve o no a cabo (ob.cit. p. 745). En la dogmática penal se llega a considerar a un partícipe con el mismo nivel de culpabilidad y de responsabilidad que el autor, pues en ocasiones la participación es de tal gravedad que sin su concurso el hecho no se habría producido. En el ordenamiento penal ecuatoriano de acuerdo con el Art. 42 del Código Penal, se reputan como autores a aquellos partícipes sin cuya concurrencia el hecho no se habría producido, esto es lo que denominamos *cómplices primarios* o *necesarios*, vale decir que sin ser técnicamente autores se

los reputa como tales para efectos de la determinación de la pena; como dice E.R. ZAFFARONI, “ quienes hacen el aporte necesario y no pueden ser considerados autores, son precisamente los cooperadores necesarios, a quienes se les depara el mismo tratamiento punitivo que a los autores, y que se distinguen de los simples cómplices o cooperadores no necesarios (ob. cit. p. 736-737) ; y, se reserva la calidad de *cómplices secundarios* o *accesorios* a aquellos cuya participación es intrascendente, es decir que el hecho igualmente se habría producido sin su concurso; la *complicidad secundaria* es aquella a la cual se refiere el Art. 43 del Código Penal ecuatoriano. En el concepto del Prof. JAKOBS, “cuantas más personas tomen parte, en menor grado puede bastar, contabilizada en absoluto, la aportación en coautoría e incluso como configuradora en plano de igualdad: tal es la consecuencia en dogmática penal, del efecto anonimizador de la división del trabajo. Pero siempre hace falta *una aportación de la medida de las demás aportaciones*; pues, en la modalidad concreta, determina algo todo aquel que llega a ser causal de un delito, es decir, incluso un mero partícipe” (ob. cit. p. 751). Esto es, que el cooperador necesario, al menos si aporta su participación después del comienzo de ejecución, se convierte en coautor. Cabe recordar lo que el mismo JAKOBS enseña con respecto a la denominada PROHIBICION DE REGRESO que significa decir que cada cual responde por lo que hace y por lo que deja de hacer de manera consciente y deliberada, y no más allá. JAKOBS apunta a que el carácter de un comportamiento no se imponga de modo unilateral y en forma arbitraria, ya que *quien asume con otro sujeto un vínculo de forma estereotipada e inocua, no quebranta su rol como ciudadano (ni la confianza en la norma), aunque el otro sujeto incardine dicho vínculo para delinquir*. Para responder penalmente : a) Se necesita favorecer un delito: La prohibición de regreso se refiere a aquellos casos en los que un comportamiento que favorece la comisión de un delito por parte de otro sujeto, no pertenece en su significado objetivo a ese delito, es decir, que puede ser “*distanciado*” de él. Como el “aporte” del sujeto es inocuo y cotidiano, mal podría caer sobre su persona una

imputación. Por ello, al encuadrar esta idea sistemáticamente, JAKOBS establece que la prohibición de regreso excluye la imputación objetiva del comportamiento. La sugerencia jakobiana ubica a la prohibición de regreso sistemáticamente en la teoría de la participación. b) Distanciamiento: Al intentar configurar los límites de la participación punible, Jakobs dirá: “hay que distanciar el comportamiento del sujeto, en base a su significado objetivo, que favorece a otro sujeto que sí participa”. Es que para entender mejor esta idea hay que resaltar que delinque quien incumple con el rol. El rol de portarse como una persona en el derecho, es simplemente hacer lo que uno hace cotidianamente como ciudadano. Lo dicho significa *respetar a los demás y exigir ese respeto para con uno*. De acuerdo con la teoría de la participación. En tanto que son **COMPLICES** los que participan en la comisión de una conducta típica ajena con respecto a la que un tercero es el autor material o tiene el dominio del hecho. El cómplice coopera a la ejecución con actos anteriores o concomitantes, sin realizar la conducta típica (ALFONSO REYES. La Tipicidad, 1981, Universidad Externado de Bogotá, pág. 221), de manera que su intervención es coadyuvante de la conducta principal que corresponde al autor, esto nos permite decir que la participación del cómplice es accesoria ya que lo que hace es contribuir a que otro ejecute o cometa un acto ilícito. Aparece como uno de los requisitos la **accesoriedad** de la participación del cómplice, entendida en el sentido de no poder subsistir la complicidad sin la presencia de la autoría, esto es que no puede haber cómplices si no existen autores. Puede darse el evento de que una persona sea autor de un delito y no requiera de cómplices, pero es inaceptable reputar complicidad sin la autoría que es principal. El **cómplice** colabora con un **autor material** (A. REYES. Ob. cit., pág. 223) pues el **autor intelectual** se vale de un ejecutor material para obtener el resultado, no pudiendo confluír la conducta de un cómplice con un **autor intelectual** a menos que se sume a ellos el **autor material**. Otro requisito es el de contribuir o cooperar en la comisión de una conducta típica ajena, la participación en una conducta típica propia lo podría convertir en coautor. Reconociendo la

complejidad de diferenciar al **cómplice primario del coautor** "pues objetivamente los aportes de ambos aparecerán como integrantes de la consumación", el Prof. SEBASTIÁN SOLER (Derecho Penal Argentino, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, Tomo II, pág. 272) la considera sin importancia alguna por la asimilación punitiva en la responsabilidad penal de ambos partícipes, más a nuestra apreciación conceptual nos parece que la diferenciación técnica entre el **cómplice primario** y el **coautor** reside en la finalidad del **coautor** que es la de ejecutar y el cómplice la de ayudar a que otro ejecute. La cooperación tiene que ser con actos precedentes o concomitantes, la intervención subsiguiente o posterior al delito será realmente la figura autónoma del encubrimiento, aquí ya no hay realmente cooperación porque no se puede hacer aportaciones a la realización de un hecho ya concluido, según afirma el Prof. ENRIQUE CURY (Orientación para el estudio de la teoría del delito, Valparaíso, 1969, pág. 277). La calidad de la colaboración tiene que ser apreciada en el hecho en concreto y no hacer formulaciones abstractas para calificar la complicidad como primaria o secundaria, éste es uno de los aspectos más serios por las repercusiones en la esfera de la punibilidad. Nos hace meditar la intervención, cometido el delito pero previo concierto con el autor, como cuando se le ofrece borrar las huellas que pudiere dejar en el sitio o se le ofrece la posibilidad de ocultarlo una vez que hubiere sido cometido el ilícito penal. Cualquiera de estas formas de intervención de *lege lata* las consideramos como encubrimiento cuando no medió el previo concierto. En cuanto a **la conducta del encubridor**, en el Código Penal ecuatoriano en el art. 44, la transcribimos para mayor información y comentario: "Son encubridores los que, conociendo la conducta delictuosa de los malhechores, les suministran, habitualmente, alojamiento, escondite o lugar de reunión; o les proporcionan los medios para que se aprovechen de los efectos del delito cometido; o los favorecen, ocultando los instrumentos o pruebas materiales de la infracción, o inutilizando las señales o huellas del delito para evitar su represión y los que, estando obligados por razón de su profesión, empleo, arte u

oficio, a practicar el examen de las señales o huellas del delito, o el esclarecimiento del acto punible, oculten o alteren la verdad, con propósito de favorecer al delincuente". Nuestro antiguo código, trae una enumeración exhaustiva de las formas como se puede favorecer al sujeto activo de delito, y reputar ese acto posterior al de la comisión del delito, como de encubrimiento. Reiteramos que el auxilio posterior en el encubrimiento no debe obedecer a un acuerdo previo, pues en esas circunstancias bien podríamos ubicar la conducta en una de las formas de complicidad o de autoría. Resultará ser el encubrimiento una intervención residual que se predicará de un sujeto que con el conocimiento previo de la perpetración de un delito, o de los actos que se ejecutan para llevarlo a cabo, sin participar como autor o cómplice, actúa posteriormente a su comisión o frustración adecuando su conducta en alguna de las hipótesis que previó el legislador. Hoy se niega que el encubridor sea un partícipe (Cf. CURY. Orientaciones... pág. 279), pues su intervención se presenta en la mayoría de los casos cuando el delito se ha cometido, o excepcionalmente se pena el encubrimiento por la sola circunstancia de proporcionar en forma reiterada escondite o sitio de reunión o ayuda a los sujetos activos de delito. La tendencia preponderante es de tratar el encubrimiento como un tipo penal con verdadera estructura y autonomía jurídica, advertimos que muchas hipótesis -aún las mencionadas por el legislador ecuatoriano- son delitos autónomos. La ocultación de los instrumentos o pruebas del delito, puede constituir delito contra la actividad judicial cuando se mueve a engaño al juez en el decurso de un proceso. Como realmente el encubridor no es partícipe, calificación reservada a los que intervienen en la comisión del delito ejecutándolo (autores) o cooperando a su ejecución (cómplices); debe excluirse de la participación toda intervención que no consista en producir un delito o contribuir a ello (SOLER. Ob. Cit. Tomo II, pág. 239). Nada puede agregar al delito ya cometido la conducta posterior del que auxilia al delincuente -para tomar las palabras del legislador-, como dice el Prof. SOLER (Ob. cit. Tomo V, pág. 248) "con esta acción ulterior sólo puede

alcanzarse a tornar imposible la acción de la justicia; contra ésta actúa en forma clara y autónoma, el encubridor". **Son presupuestos del encubrimiento**, la existencia de un hecho precedente y cierto, que es la comisión de un delito, con la excepción de lo que dispone el art. 44 en su parte inicial cuando afirma que son encubridores los que conociendo la conducta delictuosa, proporcionan habitualmente alojamiento, escondite o lugar de reunión. De *lege ferenda* debe pensarse esta conducta como delito autónomo pero objetivamente aparece como inaplicable, pues el encubrimiento genera una pena de una cuarta parte de la aplicable a los autores del delito. El encubrimiento puede predicarse de un delito consumado o que se encuentre en fase de tentativa (dispositivo amplificador del tipo o forma ampliada de adecuación) y con respecto a cualquier forma de participación, esto es de un autor, de un instigador, de un cómplice, etc. Se demanda como condición negativa del encubrimiento, la ausencia de promesa anterior al delito de prestar auxilio una vez cometido, por las razones ya expuestas. Como se ha destacado el conocimiento previo de la participación en un delito, basta con que actúe el encubridor con dolo eventual, descartando la admisión de un encubrimiento culposo pues el favorecimiento, ocultación, destrucción de vestigios del delito, etc., se efectúa a sabiendas. El **favorecimiento** puede ser **real**, cuando se ocultan o destruyen los efectos o instrumentos del delito para evitar el descubrimiento ("represión" dice nuestro código), pudiendo estar referido al objeto material del delito -cuerpo de la víctima-, a las huellas o vestigios, en ropas, muebles, etc., o a los instrumentos del delito, apreciados como las armas con que se lo hubiere cometido (Cf. ALFREDO ETCHEVERRY, Derecho Penal, Editora Nacional, Santiago de Chile, 1976, Tomo II, pág. 76). El **favorecimiento** puede ser **personal**, al que se lo subclasifica en **ocasional** y en **habitual**. Es **ocasional**, el contemplado en el art. 44 cuando se destaca como encubrimiento, proporcionar los medios para que se aprovechen de los efectos del delito cometido, y **habitual** cuando hay la repetición de actos de favorecimiento, suministrando alojamiento, escondite o lugar de reunión.

OCTAVO.- PRUEBAS QUE SIRVIERON AL JUEZ AQUO PARA DICTAR EL AUTO DE LLAMAMIENTO A JUICIO:

8.1.- En la especie, de fs. 25295 a 25336, y del informe de la firma “Price Waterhouse Coopers”, se señala: .../... Las pérdidas del banco cortadas al 2 de diciembre de 1988, suman US\$ 654 millones.”. Cabe consignar y para todos los efectos que la responsabilidad penal es personal y no colectiva de manera que cada uno de los sindicados debe responder por la adecuación de su conducta a un tipo penal sancionador, inequívocamente determinado y lejos de toda duda razonable.

8.2.- También constan como prueba documental, los informes de “auditorías externas” realizadas por Deloitte and Touche y Holland and Knigh LLP, entre otros, así como los Informes de auditores internos. El juez de la causa transcribe una serie de hechos, datos y cifras que son de autoría de la firma auditora Deloitte & Touche, debiendo señalarse que en dicho “Informe de Aplicación de Procedimientos Convenidos para la Identificación de Ajustes que Requieren Efectuarse a los Activos, Contingentes, Provisiones y Estimaciones de Interés y Beneficios Sociales y Determinación las Pérdidas al 2 de Diciembre de 1998”.

8.3.- Informe de Auditoría Interna, suscrito por el Ing. Víctor Argudo Puga, Auditor General de Filanbanco S.A., que en la parte pertinente textualmente señala : “ De la transcripción parcial de este informe se denota el manejo irregular y aún fraudulento de Filanbanco S.A., durante el período de 1998; pues el dinero fruto de las captaciones y ahorro de los depositantes se invirtió en los créditos otorgados a las empresas de los accionistas de Filanbanco S.A.. y su grupo

financiero; es decir, a empresas vinculadas a las cuales no se les exigió garantías y en otras ocasiones se les aceptó garantías insuficientes; empresas que no pagaron los créditos. En resumen, hubo disposición arbitraria de los fondos del banco en beneficio de sus accionistas principales, que eran los administradores de Filanbanco S.A. y que se encuentran sindicados.” En este considerando a su vez, se cita dos informes, el uno de Price Waterhouse & Coopers y el otro de la firma Deloitte & Touch, los préstamos vinculados ahí referidos fueron concedidos por Filanbanco S.A., en el año de 1998, pues de conformidad con el informe definitivo de la firma Price Waterhouse & Coopers de 15 de enero de 1999, que en la página 13, numeral 4.3.B (cuerpo 144 del proceso) referente a los hallazgos textualmente cita: “ En el período comprendido entre el 31 de octubre y el 30 de noviembre de 1998 y con base en la muestra examinada, observamos que existen renovaciones de créditos vinculados (ver Anexo XIV y XV).”.

8.4.- En cuanto a la obligación de los administradores de Filanbanco S.A., de presentar un balance con sus respectivos anexos que refleje la situación financiera del banco, con corte al 2 de diciembre de 1998, se manifiesta en el fallo del primer nivel: “ esta disposición no fue cumplida por los administradores de Filanbanco.” , conforme consta de las copias certificadas de los balances de Filanbanco S.A. y de Filanbanco Trust, desde el 14 de septiembre al 2 de diciembre de 1998 inclusive, constan agregados al proceso, y concretamente en los cuerpos 67 y 68 en 440 fojas;

8.5.- En el considerando OCTAVO, literal a), página 26, luego de advertir varios incumplimientos de Filanbanco respecto del plan de estabilización al que fue sometida esa entidad por parte del Banco Central, textualmente se afirma: “ estando sometido al proceso de estabilización, autorizó el refinanciamiento de operaciones de créditos vinculados, lo cual se advierte del informe N. IBL-DByGF-2000-237, incumpliendo de esa manera con la disposición del numeral siete del

Programa de Estabilización al que fue sometido Filanbanco S.A., que prohíbe a la entidad la concesión de nuevos créditos y contingentes vinculados;”.

8.6.- En el considerando OCTAVO, literal b) se manifiesta: “ En el período comprendido entre el 14 de septiembre y el 6 de octubre de 1998, la Cartera de Créditos de Filanbanco S.A. se incrementó en la cantidad de 434.897 millones de sucres; en el período comprendido entre el 29 de septiembre de 1998, fecha en la que el Banco Central informa a Filanbanco la concesión del crédito de liquidez, y el 4 de noviembre de 1998, se realizaron operaciones nuevas por un monto de 42.3 mil de millones de sucres de los cuales alrededor de 432 millones corresponden a operaciones con empresas vinculadas y subsidiarias (Anexo 13).”, pues por pedido del Presidente de la Corte Suprema, el Gerente General de Filanbanco S.A., mediante oficio **2000-443-GG de 5 de diciembre de 2000**, luego de la revisión completa en relación con este tema, informa que, en el período comprendido entre el 14 de septiembre y el 2 de diciembre de 1998, **la cartera de crédito de esta entidad decreció**, y que los créditos nuevos concedidos en el período comprendido entre el 28 de septiembre y el 4 de noviembre de 1998, que es el espacio de tiempo en que estuvo vigente la prohibición de conceder operaciones de crédito nuevas en la Regulación No. 001 del Directorio del Banco Central, fue de 19.195 millones de sucres y que a esa fecha esos créditos habían sido ya cancelados por los deudores de los mismos y que no existen operaciones de crédito nuevas para con empresas vinculadas, todo lo cual fue corroborado en el informe de los peritos Fernando Castillo y Elvira Pino, expertos que fueron nombrados por el señor Presidente de la Corte Suprema, por pedido de otro sindicado.

8.7.- Al inicio del considerando DECIMO PRIMERO, se expresa: “La administración de Filanbanco ha llevado una contabilidad irregular, que podría calificarse de ilegal, lo cual se advierte del Informe de Auditoría Externa de Price

Waterhouse Coopers, que consta en el oficio remitido al Ec. Miguel Dávila Castillo, Superintendente de Bancos, de 15 de enero de 1999, en el cual señala,...". En el documento al que el juez a quo hace referencia, realizado por la firma Price Waterhouse Coopers el 15 de enero de 1999, remitido al Subgerente General del Banco Central del Ecuador, Ec. Miguel Dávila Castillo, en el punto 2 claramente indica: "No fuimos contratados para realizar, y no efectuamos una auditoria de los estados financieros de Filanbanco S.A., ni de ninguna de sus subsidiarias ni de ninguno de los componentes de dichos estados financieros, de acuerdo con normas de auditoria generalmente aceptadas.

8.8.- En el considerando VIGESIMO, páginas 71 y 72, textualmente señala el juez a-quo: "en virtud de que los directivos de Filanbanco S.A. incumplieron las condiciones de los créditos de liquidez otorgados por el Banco Central del Ecuador, que suministró dinero del Estado Ecuatoriano, para fines específicos; esto es, para que la mencionada entidad bancaria pueda atender al retiro de depósitos de sus clientes, así como para cubrir cartas de crédito y avales con instituciones del exterior; y los emplearon en su beneficio propio, conforme se encuentra probado en autos.", en consideración el informe pericial presentado por los señores Fernando Castillo y Elvira Pino (cuerpo 72 del proceso) , nombrados por el señor Presidente de la Corte Suprema anterior, que versó sobre la utilización de los préstamos de liquidez otorgados por el Banco Central a Filanbanco, y cuyas conclusiones principalmente fueron: *las necesidades de liquidez de Filanbanco S.A. en el período comprendido entre el 14 de septiembre y el 2 de diciembre de 1998, fueron superiores al monto de los préstamos concedidos; que de los 2.7 billones de sucres de préstamo concedido, llegaron tan solo 1.7 billones a Filanbanco, pues 1 billón lo retuvo el Banco Central por concepto de intereses y diferencial cambiario.* Este peritaje a su vez es corroborado por el oficio 200-443-GG de 5 de diciembre de 2000, suscrito por el Gerente General de Filanbanco a esa fecha, y que también obra de autos (cuerpo

60 del proceso).

8.9.- En el literal b) del considerando OCTAVO, página 27 del auto, el juez del primer nivel manifiesta: “Que a partir del 8 de mayo de 1998 y hasta el 2 de diciembre del mismo año, en forma continua y sistemática, se registran en la cuenta 1122900500000 “Inversiones Varias” de Filanbanco Trust & Banking Corp., una serie de débitos por diversos valores que ascienden a la cantidad de US\$ 107’324.726,81.”. En el proceso constan los Balances diarios de Filanbanco Trust & Banking Corp de los que se desprende que el saldo de la Cuenta Inversiones al 14 de setiembre de 1998 era de US\$ 137.9 millones y que al 1 de diciembre era de US\$ 82.5 millones y al 2 de diciembre de ese mismo año era de US\$ 7.2 millones, por lo tanto es claro y evidente que hubo un decremento de las inversiones en la entidad Off Shore y consecuentemente no se cumplió con las Regulaciones y Convenios suscritos con el Banco Central del Ecuador. Sin explicación ni justificación alguna, no se tomaron en cuenta los balances debidamente certificados de Filanbanco Trust & Banking Corp, que constan del proceso (cuerpo 67) y que constituyen prueba documental fehaciente de la inexistencia de el incumplimiento imputado.

NOVENO.- LA PRUEBA PRACTICADA CONFORME A LO PREVISTO EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE 1983:

9.1.- Una característica fundamental del llamado *sistema o modelo inquisitivo* del código de procedimiento penal de 1983 que se debe aplicar en este proceso, es que toda la investigación que se practicó en la llamada etapa del sumario constituye prueba, tanto de cargo como de descargo. Hay una diferencia fundamental con el *modelo o sistema acusatorio* propio del Código de Procedimiento Penal del 2000, en el que la prueba se debe practicar en la audiencia de juicio atendiendo a los principios de la oralidad y publicidad,

31

respetando el derecho al contradictorio y haciendo efectivo los principios de la continuidad o concentración, y el de la inmediación con el juez de la sentencia, que es el mismo que debe recibir la prueba. Para efectos de esta sentencia se examinará la prueba actuada y relacionada con cada uno de los hechos identificados en los antecedentes como punibles, en relación al informe del señor Pedro Delgado, ex Intendente Nacional de Bancos y Grupos Financieros, a la documentación que agrega, a las investigaciones realizadas por la Unidad de Delitos Financieros del Ministerio Público, y a la prueba aportada por los sindicados en la etapa del sumario y en la reapertura del mismo, y en la etapa del juicio.

9.2.- USO DE LOS PRÉSTAMOS DE LIQUIDEZ.

9.2.1. Basado en el Convenio de Operaciones de Tesorería suscrito el 6 de diciembre de 1995, entre el Banco Central del Ecuador y Filanbanco (fs. 5926-5936) y en lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, el 14 de septiembre de 1998, Filanbanco accedió a un préstamo de liquidez por el monto de \$. 972.000 millones de sucres (equivalente a US \$ 151.68 millones de dólares), el cual fue registrado en la cuenta 2704 "Créditos a favor de Bancos y otras Instituciones Financieras del País", en lugar de hacerlo en la cuenta 2701 "Créditos a favor de Bancos - Banco Central del Ecuador", conforme lo establecido en la descripción y dinámica para el uso de la cuenta 2701 del Catálogo Único de Cuentas. Luego de obtener el préstamo de liquidez, Filanbanco procedió a incrementar la cartera de créditos en 331.668 millones de sucres, según una muestra de las operaciones del 24 al 30 de septiembre de 1998. De una muestra de 18 casos examinados en el período comprendido del 14 de septiembre al 6 de octubre del año 1998, por una comisión de auditores de la Superintendencia de Bancos, relacionada con el monitoreo de la utilización de recursos provenientes del préstamo de liquidez otorgado por el Instituto emisor, se

establece que el monto del incremento de la cartera asciende a S/.730,9 millones de sucres, operaciones que fueron registradas en la cuenta contable 14010520 "Préstamos Sobre Firmas". De tales hechos informó el doctor Jorge Egas Peña, Superintendente de Bancos y Seguros al doctor Luis Jácome, con oficio Nro. SB:.INBGF-98-0552, de 22 de octubre de 1998 (fs. 75-76). Sobre el incremento de cartera, el abogado Juan Franco Porras, Gerente General de Filanbanco, informa al Banco Central del Ecuador con oficio Nro. GG-1671-98 de 18 de noviembre de 1998 (fs. 1372-1373), que entre el 14 de septiembre y el 6 de octubre del mismo año, la cartera de crédito de Filanbanco S.A. sin netear la provisión creció en 268.807 millones de sucres y no en S/. 434.897 millones, como indica la Superintendencia de Bancos; y que en la variación de la cartera se debe considerar que se incluyen créditos en moneda extranjera y UVCs, por lo que su crecimiento se debe al efecto del diferencial cambiario y el índice de inflación la cartera concedida en UVCs. Esto a entender de la Fiscalía, es por efecto de factores externos económicos propios de la economía fiscal de mercado. El abogado Franco aclara que las transacciones en el período precisado, o sea los nuevos créditos se otorgaron en razón de compromisos preexistentes con los clientes. El 26 de octubre de 1998, Filanbanco S.A., al amparo del artículo 26 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, accedió a un nuevo préstamo de liquidez del Banco Central, previo a ello el 23 de octubre de 1998 con Resolución Nro. DBCE-013-P, se le exigió acogerse a un Programa de Estabilización (fs. 50 a 52), que contiene entre otras cosas: la disposición de que los accionistas constituyan un fideicomiso con el ciento por ciento de las acciones del Banco, facultándole expresamente al fiduciario para que facilite la contratación de un préstamo subordinado con otras instituciones financieras o de terceros en el caso de que los accionistas no capitalicen al Banco en el plazo del cronograma establecido; la constitución de fideicomisos de garantía de bienes y de cartera a favor del Banco Central del Ecuador; la inversión en bonos de estabilización monetaria, títulos de la Corporación Financiera Nacional y/o bonos del Gobierno

Nacional con los recursos provenientes de las recuperaciones de cartera, incremento de depósitos o cualquier otra captación que no fuera utilizada para el pago de pasivos. El 26 de noviembre de 1998 en cumplimiento a la disposición del Directorio del Banco Central del Ecuador contenida en el oficio Nro. DBCE-0780-98 de 23 de noviembre de ese año suscrito por el Gerente del Banco Central, el doctor Jorge Egas Peña, Superintendente de Bancos, con oficio Nro. SB-INBGF-98-0650, comunica al abogado Juan Franco Porras (fs. 81), que el Presidente del Directorio del Banco Central, Dr. Luis Jácome Hidalgo, le notificó el incumplimiento del Programa de Estabilización por parte de Filanbanco S.A., en lo que respecta a la constitución del fideicomiso del ciento por ciento de las acciones del Banco y la constitución del fideicomiso de cartera, así como el parcial cumplimiento del fideicomiso de bienes inmuebles. Los pormenores de pago del capital e intereses correspondiente a la extensión de monto del préstamo de liquidez conferido al amparo del artículo 26 de la Ley de Régimen Monetario, constan en el oficio Nro. 99-043-GG de abril de 1999, que el ingeniero Gonzalo Hidalgo Terán, Gerente General de Filanbanco, dirige al doctor Iván Ayala Reyes, Gerente General del Banco Central del Ecuador (fs. 277). El 12 de junio del 2000 el señor economista Miguel Dávila Castillo, en calidad de Gerente del Banco Central del Ecuador, en el oficio No. SE-1462-2000 00 01867 (fs. 5143-5153), dirigidos, en ese entonces a la Fiscalía General del Estado, dicen: “De la explicación detallada que queda consignada en el presente informe, señora Ministra Fiscal General, sobre los resultados del monitoreo realizado por el Banco Central a Filanbanco, durante el período indicado en que accedió a las líneas de liquidez del Banco Central, tanto mediante el seguimiento de tesorería cuanto el seguimiento de liquidez a nivel de balance, se puede inferir de la información proporcionada por Filanbanco que las necesidades de liquidez que tuvo dicha institución en ese periodo para honrar y pagar operaciones permitidas, fueron superiores al monto que efectivamente le concedió el Banco Central a dicha Institución bancaria, por lo que ésta tuvo que utilizar necesariamente otras fuentes

de recursos para cubrir esa diferencia en operaciones permitidas.” “.....del propio análisis se desprende que durante el mismo período, Filanbanco obtuvo recursos de otras fuentes distintas al Banco Central, todo lo cual ha llevado a que el Instituto Emisor actúe bajo la seguridad de que los recursos que estaba otorgando, y otorgó, fueron debidamente utilizados por la institución financiera prestataria para cubrir operaciones permitidas”. De igual manera, consta a fojas 2678 el testimonio que rindió en la etapa de prueba del plenario el referido ex funcionario, abogado NELSON IVÁN AYALA REYES, quien declaró bajo juramento que: “El Directorio del Banco Central y el Banco Central diseñaron y ejecutaron un sistema muy severo de valoración y recepción de garantías por parte de las instituciones financieras prestatarias, de modo que en todos los casos en los que se concedieron créditos el Banco Central siempre y en todo momento estuvo cubierto con garantías que superaban los mínimos legales establecidos por la Ley y la Superintendencia de Bancos.” Concomitante con lo anterior, según manifiesta el ex Gerente General encargado del Banco Central, economista Miguel Dávila Castillo en el oficio Nro. SE-2556-99 de 5 de agosto de 1999 (fs. 443 a 474): Filanbanco canceló el saldo pendiente del préstamo concedido con cargo al artículo 26 de la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado el día 26 de julio de 1999, adjuntando además el detalle de todas las transacciones contables que se han efectuado en concepto de ingreso y egreso de garantías de cartera crediticia entregadas por Filanbanco al Instituto Emisor, así como el listado de bienes inmuebles recibidos por dicho organismo en concepto de garantía. Tal oficio y aseveraciones fueron ratificadas, a fojas 2841 y s.s. con el testimonio que rindió durante el plenario el señor MIGUEL RODRIGO DÁVILA CASTILLO, quien declaró bajo juramento que: “el monto de los recursos de crédito otorgados por el Banco Central a Filanbanco fue menor al monto requerido por esta entidad para cumplir el pago de las operaciones autorizadas, por lo que Filanbanco obtuvo recursos de otras fuentes para cumplir con el pago de estas operaciones. A esta conclusión se arribó luego de un detallado análisis realizado al interior del Banco

Central ... se puede afirmar que los recursos de créditos otorgados por el Banco Central del Ecuador a Filanbanco fueron utilizados en las operaciones autorizadas". De igual manera el señor economista Leopoldo Báez Carrera, ex Gerente General del Banco Central, en el oficio Nro. SE-3232-2000 de 26 de octubre del 2000 (fs. 7546 a 7548) expresa: "El Directorio del Banco Central del Ecuador al amparo de las normas previstas en la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado y las Regulaciones vigentes, autorizó la concesión a Filanbanco S.A. de operaciones de crédito...." puntualizando finalmente que "Filanbanco S.A. ha pagado todas las operaciones de crédito realizadas con el Banco Central del Ecuador". En el periodo pertinente del Plenario, el economista Baéz compareció a rendir su testimonio respecto de los oficios firmados por él, arriba citados, según obra en el acta de recepción de testimonio a foja 2677 y vta del expediente, en donde el testigo se ratificó en el contenido de los informes arriba citados. Respecto de aquello, también se pronunciaron los peritos designados en el Plenario, el licenciado Guido Anibal Goyes Olalla y el economista Luis Anibal Ortiz Carlosama, quienes en su informe que obra de autos a fojas 11360 concluyeron: "De acuerdo al informe emitido por el Gerente General del Banco Central del Ecuador Eco. Leopoldo Báez Carrera, que obra a fojas 14.342 a 14.344 (Cuerpo N°75), dio respuesta al oficio N°1445-G-AJ-57-2000-SF-2000, del 25 de septiembre del 2000, solicitado por el Dr. Galo Pico Mantilla, Presidente de la Corte Suprema de Justicia, informa que el 28 de Diciembre 1998 Filanbanco S.A. canceló dicho crédito mas los correspondientes intereses mediante dación en pago de un Bono del Estado que era de su propiedad, emitido por el Ministerio de Finanzas y Crédito Público por pedido de la Agencia de Garantía de depósitos por la cantidad de \$155.000.000(Ciento cincuenta y cinco millones de dólares), que corresponde al crédito según el artículo 24 de la Ley de Régimen Monetario que fue por 972,000,00 millones de sucres, referentes a las operaciones de tesorería." En otro orden, el estado de las operaciones crediticias nuevas es reportado por el señor Miguel Crespo Villacres, en calidad de Gerente General de Filanbanco S.A.

(ya bajo administración estatal), con los anexos al oficio No. AL-045-2001 de 30 de abril del 2001 (fs, 15332) que comprenden 4,318 fojas, correspondientes al período que del 14 al 22 de septiembre, del 22 de septiembre al 5 de noviembre y del 5 de noviembre al 2 de diciembre de 1998. El ingeniero Antonio Bejarano Trujillo, Gerente General de Filanbanco (ya bajo administración estatal), con oficio Nro. 2000-443-GG (fojas 9929-9931), señala que del 22 de septiembre al 4 de noviembre de 1998, ingresaron a Filanbanco S.A. fondos provenientes de los préstamos de liquidez concedidos por el Banco Central del Ecuador, por US \$ 151.59 millones, lapso en el cual, los recursos líquidos que salieron de Filanbanco por requerimientos de liquidez, fueron de US\$ 193,47 millones, por lo que ingresaron recursos de otras fuentes distintas a los préstamos del Banco Central del Ecuador por US \$ 41.88 millones aproximadamente, y que en este mismo período Filanbanco S.A. concedió operaciones nuevas de crédito con desembolso de efectivo por S/. 19.195 millones de sucres.

9.2.2. El indebido registro de cuentas originó una inadecuada presentación en el Balance General de los saldos de las cuentas que conforman el grupo 27 "Créditos a favor de Bancos y Otras Instituciones Financieras"; se incumplió lo estipulado en el literal b) del artículo 4 de la Sección II del Capítulo IV del Título III (Operaciones de Crédito del Banco Central del Ecuador) del Libro (Política Monetaria - Crediticia) de la Codificación de Regulaciones del Banco Central, vigente para dicho período, reformado mediante Regulación No.001-98 del 22 de Septiembre de 1998, que establece que las instituciones financieras que accedan a las operaciones de crédito del Banco Central no podrán, mientras se encuentre pendiente el pago del crédito otorgado, desembolsar operaciones de crédito nuevas, a menos que exista financiamiento específico de la Corporación Financiera Nacional o líneas de crédito internacionales; el mentado incumplimiento se infiere del contenido de los oficios Nos. 98-566-0BS-DByGF y, INBGF-9802004 de 12 y 15 de octubre de 1998, suscritos por el economista

Carlos Plaza Hernández, Intendente Regional de Bancos de Guayaquil (fs. 67), y Patricio Moreno Huras, Intendente Nacional de Bancos y Grupos Financieros (fs. 68 a 69) , respectivamente, dirigidos al abogado Juan Franco Porrás Gerente General de Filanbanco; entre el 14 de septiembre y el 2 de diciembre de 1998, se produjo un desfase de liquidez de Filanbanco S.A., según se establece del monitoreo diario realizado por el Banco Central del Ecuador y por funcionarios de auditoría de la Superintendencia de Bancos, por el valor de 3 billones de sucres aproximadamente, valor al que no ascendieron los préstamos de liquidez otorgados por el Banco Central del Ecuador durante el mismo período pues alcanzaron el monto de 2.7 billones de sucres, por lo que Filanbanco S.A. debió obtener recursos de otras fuentes para cubrir la totalidad de los requerimientos de liquidez desfasados, según lo determinan los economistas Miguel Dávila Castillo, Leopoldo Báez Carrera, ex Gerente y Gerente del Banco Central del Ecuador, en sus oficios Nros. SE-1462-2000 00 01867, y SE-3232-2000 del 12 de junio y 26 de octubre del 2000, respectivamente; el ingeniero Antonio Bejarano Trujillo, Gerente General de Filanbanco, en el oficio 2000-443-GG; y, el peritaje contable a la verificación de las cuentas sujetas a monitoreo del estado de cuentas de Filanbanco, desde el 14 de septiembre de 1998 hasta el 2 de diciembre del mismo año, realizado por los peritos: Auditor Fernando Castillo P. y Elvira Pino, informe en donde se destaca que: . . .en los 3.0 billones de sucres considerados como necesarios para cubrir los requerimientos de liquidez de Filanbanco, no se incluyen los intereses propios generados por los préstamos de liquidez, que en el período examinado alcanzó la suma aproximada de 500.000 millones de sucres, por lo que, sumada esta cifra al monto de intereses pagados por Filanbanco al Banco Central por su acceso a las mesas de dinero, se tiene que el Banco Central entregó por concepto de los créditos de liquidez la suma efectiva de aproximadamente de 1.7 billones de sucres para atender sus obligaciones permitidas para con terceros distintos al Banco Central (fs. 13277-13298). De igual manera, los peritos designados durante el Plenario, señores Mario Humberto

Torres Jaramillo y Mario Alexander Morales Hidrobo, designados durante el Plenario, quienes sostienen, en su informe que obra a fojas 11382 y s.s. concuerdan con lo aseverado en los demás peritajes e informes del Banco Central, cuando manifiestan, en sus conclusiones, lo siguiente: “Del análisis efectuado en la norma aplicada, se establece que el Banco Central del Ecuador, se reservó el derecho de declarar de plazo vencido en caso de detectar algún incumplimiento. Que de los documentos analizados surge que el Banco Central del Ecuador ejerció un análisis y seguimiento permanente durante la vigencia de estas operaciones con el fin de verificar el uso para el cual Filanbanco solicitaba de estos fondos. Que ninguna parte del Oficio 1462-2000 de fecha 12 de junio del año 2000, que el economista Miguel Dávila Castillo, Gerente General del Banco Central del Ecuador, le remite el Oficio a la señora doctora Mariana Yépez de Velasco Ministra Fiscal General del Estado hace mención a incumplimiento alguno a las Regulaciones 001 y/o 008 emanadas el Banco Central del Ecuador, tampoco se desprende una conclusión de esta naturaleza de ninguno de sus anexos, entre los que se encuentra el denominado “ESTADO DE FUENTES Y USOS DE PARTIDAS MONETARIAS SUJETAS A MONITOREO” Tampoco, hemos podido determinar incumplimiento alguno respecto de la Regulaciones 001 y/o 008 emitidas por el Banco Central del Ecuador que se desprenda del Informe que con fecha 5 de diciembre del año 2000, bajo el número 2000-443 GG, el Ing. Antonio Bejarano Trujillo, Gerente General de Filanbanco S.A. estatal le dirige al Dr. Fernando Ortiz Bonilla, Secretario General de la Corte Suprema de Justicia, en la que le informa, el monto de recursos que ingresaron a Filanbanco S.A. y el destino a donde salieron los fondos por préstamos de liquidez otorgados por el Banco Central del Ecuador, en el período del 14 de septiembre al 2 de diciembre del año 1998.”.

9.2.3. De todo lo anterior, se concluye que hubo abuso de fondos públicos pertenecientes al Banco Central del Ecuador, y por ello peculado. En

consecuencia, es pertinente el criterio del juez a quo, tanto más que con posterioridad a los actos que motivan este proceso, recién se tipifica como peculado la concesión de créditos vinculados, relacionados o intercompañías, mediante Ley número 99-26 publicada en el Registro Oficial 190 del 13 de mayo de 1999, que agrega el artículo 257 A, al artículo 257 del Código Penal.

9.2.4. Por otro lado, respecto de la incorrecta anotación en cuenta de los fondos otorgados por el Banco Central a Filanbanco, también existe pronunciamiento pericial, esta vez otorgado por el licenciado Guido Anibal Goyes Olalla y el economista Luis Anibal Ortiz Carlosama, designados durante el Plenario, quienes manifestaron en su informe que obra a fojas 11360 y s.s. que: “El simple registro por error de los créditos de liquidez otorgados por el banco Central del Ecuador en la cuenta 2704 (CRÉDITOS A FAVOR DE BANCOS Y OTRAS INSTITUCIONES FINANCIERAS DEL PAÍS), en lugar de hacerlo en la cuenta (CRÉDITOS A FAVOR DE BANCO CENTRAL DEL ECUADOR.-

9.3. DE LAS INVERSIONES EN FILANBANCO TRUST & BANKING CORP.

9.3.1. Entre el 8 de mayo y el 2 de diciembre de 1998, el saldo de la cuenta, “Inversiones Varias” de Filanbanco Trust, pasó de 8.1 millones a 107.3 millones de dólares, siendo las últimas inversiones las del 30 de octubre y 2 de diciembre de ese año, por los montos de 13.3 y 35.1 millones de dólares, en su orden, sin que las mismas estén permitidas por la Regulación Nro. 001-98 del Banco Central del Ecuador vigente en ese entonces, conforme el economista Pedro Delgado Campaña; quien en el memorando No. INSEF-2000-0863 de 14 de junio del 2000 (fs. 3021 a 3041) indica que: “a través de los correspondientes comprobantes contables se observan, como cargos a la cuenta Inversiones Varias, notas de débito emitidas contra las cuentas corrientes de Filanbanco Trust & Banking Corp. en los Bancos: Filanbanco S.A. de Ecuador, Republic National Bank, Barclays

Bank y Nation Bank, estos últimos domiciliados en la ciudad de Miami, Estados Unidos, con lo cual se evidenciaría el desembolso de recursos”; inversiones que no estaban respaldadas por ningún tipo de documento: títulos valores, acciones, pagarés, avales, otros documentos similares u otro tipo de activos; ya que “todo débito a la cuenta de inversiones normalmente tendría que reflejar la adquisición de un título valor o algún otro tipo de activo, los mismos que debían ser transferidos a la custodia del banco”.

9.3.2. Coincide el Ingeniero Gonzalo Hidalgo Terán, Gerente General de Filanbanco, al aseverar en el oficio Nro. 2000-108-GG, de 10 de junio del año 2000 que: “durante el período mayo diciembre de 1998, la custodia de Filanbanco Trust & Banking Corp., no registró movimientos que respalden las operaciones realizadas en la cuenta de Inversiones Varias”. En el “Examen de Garantías de Créditos vinculados Filanbanco S.A.” (fs. 7583 a 7585), memorando Nro. CPA-FILAN-2000-01, de 20 de octubre del 2000, suscrito por las señoras: Camila Peña Arellano y Coralia González Correa, funcionarias de la Superintendencia de Bancos, se destaca que: Respecto a la garantía hipotecaria otorgada por Agrícola Chimborazo CHIMSA, el documento que respalda reposaba en los departamentos de Custodia y Legal de Filanbanco, así como la garantía de respaldo de las operaciones otorgadas al grupo agrícola Janeiro, y un contrato de sustitución que celebran La Ostra y Agrícola Narogo Isaías; no así los contratos de prenda e hipoteca que la compañía Empresa Azucarera Tropical Americana S.A. AZTRA, había constituido a favor de la CFN, que no fueron proporcionados por el Banco, y que se los requirió mediante oficio No. 00-144-ERS-BFL, el 10 de Octubre del 2000, sin que con respecto a los demás créditos vinculados se realicen otras observaciones.

9.3.4. La cuenta inversiones varias por el valor de US \$107 millones, posteriormente se extinguió, cuando Filanbanco Trust aportó al Fideicomiso

A.G.D., bienes adjudicados en dación en pago por el valor de US \$ 107.324.726,8, que le fueron entregados por los anteriores accionistas, derechos fiduciarios correspondientes a Filanbanco Trust registrados hasta diciembre 31 de 1998 que posteriormente se transfirieron a Filanbanco S.A., para que éste a su vez entregue al Fideicomiso AGD y de esta manera descargue el pasivo con esta institución, para lo cual se ha realizado una venta de cartera a Filanbanco Trust a ser cancelada con los derechos fiduciarios anteriormente mencionados; registro contable sobre el cual se solicitó la confirmación por parte de la Superintendencia con oficio Nro. INBGF-9900395, de 9 de febrero de 1999, del señor Patricio Moreno Huras, Intendente Nacional de Bancos y Grupos Financieros, dirigido al ingeniero Daniel Cañizares, Gerente General de Filanbanco (fs. 2943). 3.5. Lo anterior, determina con claridad que se incumplió con la Regulación No.001-98 expedida por el Directorio del Banco Central del Ecuador, que prohibía la concesión y desembolsado de nuevas operaciones de crédito, y peor que no tuvieran ningún respaldo jurídico como son las dos inversiones registradas en la cuenta de "Inversiones Nuevas" de Filanbanco Trust & Banking Corp. , entre el 14 de septiembre y el 2 de diciembre de 1998, inversiones que no tenían un valor económico y financiero. El incumplimiento también se advierte porque existió la obligación de invertir los recursos provenientes de la recuperación de cartera e incrementos de captaciones que no fueron utilizados para cancelación de pasivos, en títulos del Gobierno Nacional, bonos de estabilización monetaria o de la Corporación Financiera Nacional. 3.6. Las Inversiones no se reportaron al organismo de Control ni al Banco Central, conforme se establece con el oficio Nro. 98-570-0BS-DBYGF del 14 de octubre de 1998, enviado por el Intendente de Bancos de Guayaquil, al Gerente General de Filanbanco, y con los memorando Nos. LIQ-FIL-98-001, LIQ-FIL-98-004, LIQ-FIL-98-005, CRL-FIL-98-008, CRL-FIL-98-011, CRL-FIL-98-013, SRL-FIL-98-016, de 12 y 29 de octubre, de 4, 10, 11, 16, y 18 de noviembre de 1998, así como con el testimonio indagatorio del ingeniero Luis Alejandro Romo- Leroux (fs. 24622 a 24623 vta.), cuando manifiesta que al

haber formado parte de la Comisión de Auditoría de Bancos en Filanbanco, sus funciones fueron las de: auditar, verificar y analizar las cuentas denominadas inversiones varias del fideicomiso Multinversiones y de las daciones en pago de este fideicomiso, lo mismo sobre el fideicomiso A.G.D. y también sobre los fideicomisos Silver Lace y Enerco; respecto de los cuales hizo varias observaciones en sus informes de 11 y 15 de mayo del 2000. De estos actos tuvieron pleno conocimiento los miembros del Directorio de Filanbanco, como corrobora el informe pericial presentado por los abogados Eduardo Jiménez Parra y Luis Alfonso Ortíz Narváez, luego de la inspección judicial y reconocimiento de las actas de sesiones del Directorio de esa entidad bancaria por el período comprendido entre el 14 de septiembre y el 2 de diciembre de 1998, en las que constan las celebradas el 14 de octubre y 19 de noviembre de 1998 (fojas 21257-21265), en cuyos puntos tres y dos, respectivamente, se trató sobre el informe del Gerente de Contraloría de Crédito del Banco relacionado con operaciones de crédito y contingentes realizados con una misma persona o firma vinculada. Por consiguiente, al haber intervenido el señor Juan Franco Porras, como Gerente General de Filanbanco, en las sesiones de Directorio antes mencionadas, es obvio que su conducta se adecua al ilícito que configura el artículo 257 del Código Penal, ya que prestó su concurso para realizar actos contrarios a la Ley.

9.4.- PROGRAMA DE REESTRUCTURACIÓN AL QUE FUE SOMETIDO FILANBANCO.

9.4.1. Los daciones en pago aceptadas por Filanbanco Trust & Banking Corp., que influyeron en Filanbanco S.A., por la enajenación de inversiones registradas en la cuenta "Inversiones Varias" por 107.3 millones de dólares, suscritas el 2 y 21 de diciembre de 1998 por 30 millones de dólares con obras de arte, y 77.3 millones de dólares con acciones de empresas inmobiliarias concentradas en el fideicomiso Induprin, no tuvieron según el economista Pedro Delgado, la debida

autorización, lo que aparece de las pruebas actuadas en la etapa sumarial; sin embargo el avalúo de las obras de arte presentado por los señores profesores Hernán Zúñiga Albán y Luis Martínez Moreno, alcanza el valor de USD \$ 32'407.958; en tanto que el arquitecto Alfredo Enderica Negrete el 25 de noviembre de 1998, avalúa los bienes inmuebles recibidos en dación en la suma aproximada de U.S. \$ 94 millones, habiendo una diferencia económica diametralmente opuesta y por cuya razón no se da credibilidad a este informe.

9.4.2. Así mismo consta en el proceso el informe No. IBG-DBYGF-2000-055 de 15 de mayo del 2000 suscrito por el ingeniero Alejandro Romo-Leroux Andrade, del que se desprende que se realizaron los avalúos de los inmuebles de propiedad de las compañías cuyas acciones se entregaron inicialmente en pago a Filanbanco Trust y posteriormente al fideicomiso A.G.D., y que las acciones que fueron recibidas por U.S. \$ 77 millones tienen una valoración mayor. Para este juzgador los peritajes antedichos no gozan de credibilidad, lógica y sus conclusiones son equívocas, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, no así los elaborados por la empresa Global Silverhawk (fs. 3354 a 3469), que merecen total credibilidad.

9.4.3. Lo que sí es verdad es que las obras de arte entregadas al Fideicomiso A.G.D. no se encuentran registradas en el Instituto Nacional de Patrimonio Cultural, organismo que tampoco ha conferido Informe técnico favorable previo a la transferencia de dominio de los bienes culturales, conforme se desprende del contenido del oficio Nro.227 SRL.INPC.2000, de junio 8, de 2000, suscrito por la arquitecta María Elena Jácome, Directora Regional de dicha institución (fs. 2728), así como de la comunicación de la señora Magdalena Gallegos de Donoso, Directora Nacional del Instituto de Patrimonio Cultural.

9.5.- SOBRE EL PERJUICIO ECONÓMICO EN CONTRA DE FILANBANCO Y DE FILANBANCO TRUST & BANKING CORP.

9.5.1. Del examen de las pruebas aportadas se ha evidenciado procesalmente perjuicio económico en contra de Filanbanco S.A., así como de Filanbanco Trust & Banking Corp., y por tanto los funcionarios de éste han cometido delito de peculado al haber aceptado en su momento las daciones en pago y sin la autorización de la Agencia de Garantía de Depósitos, ya que sus miembros jamás la otorgaron, de acuerdo al informe del Secretario General de la A.G.D. en el oficio Nro. AGD-GG-00-2144 de primero de agosto del 2000, dirigido a la Presidencia de la Corte Suprema: “De la revisión efectuada a las actas de las sesiones del Directorio de la Agencia de Garantía de Depósitos (AGD), sin lograrse determinar la fecha en la cual dicho Directorio “conoció, aprobó y recibió la dación en pago por el valor de US\$ 30’000.000.00 que otorgó la compañía OTAVALO a favor de Filanbanco Trust instrumentada el 2 de diciembre de 1998 y la otorgada a favor del mismo Filanbanco Trust por INDUPRIN S.A, representada por Jaime Hierro, Patricia Talbot y otros el 21 de diciembre de 1998, por la suma de US \$ 77’324.726.81. .”; tampoco ha determinado la fecha en la cual dicho Directorio conoció y aprobó el contenido del Contrato de Fideicomiso que debía constituirse por quienes fueron accionistas de FILANBANCO S. A., hasta el 2 de diciembre de 1998, en aplicación a lo dispuesto en la resolución de la Junta Bancaria No. JB-98085 que contiene el Plan de Reestructuración de Filanbanco; el contenido del Fideicomiso que ha otorgado Filanbanco Trust & Banking a favor de la Agencia de Garantía de Depósitos; y, el contenido del Contrato de Fideicomiso denominado A.G.D.

9.5.2. Según el oficio Nro. 2000-174-GG de 27 de julio del 2000, suscrito por el ingeniero Gonzalo Hidalgo Terán, Gerente General de Filanbanco (fs. 4284), éste informa que: revisados los archivos del Banco desde el 23 de Abril de 1999,

Filanbanco S.A., no fue la institución financiera que aceptó la dación en pago el día 21 de diciembre de 1998 por US \$ 77.3 millones, siendo Filanbanco Trust & Banking Corp la sociedad aceptante, y que se encuentra constituida con arreglo a las Leyes de la República de Panamá, que estaba representada por su mandatario en el Ecuador, esto es, Filanbanco S.A., concluyendo que de la revisión del estatuto social de Filanbanco Trust & Banking Corp., no aparece que dicha institución requiera autorización alguna para recibir bienes en dación en pago. En ese sentido se han pronunciado los peritos Mario Humberto Torres Jaramillo y Mario Alexander Morales-Hidrobo, designados durante el Plenario, quienes sostienen, en su informe que obra a fojas 11382 y s.s.: "Filanbanco Trust & Banking Corp. al ser una subsidiaria off shore de Filanbanco S.A. se debe considerar como una empresa parte del mismo grupo y por lo tanto considerarse sus balances. Filanbanco Trust & Banking Corp. al considerarse parte del grupo financiero, debe sujetarse a los dispuesto 76-77-78-79-80 y 81, de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, por lo tanto debe elaborar y presentar a la Superintendencia de bancos los balances y estados financieros consolidados y condensados, como exige la entidad controladora.

9.5.3. Los informes periciales según lo establecido en el artículo 64 del Código de Procedimiento Penal de 1983 aplicable al presente caso, tienen que ser valorados por las reglas de la sana crítica. En virtud del indicado informe pericial no existe sobrevaloración de las obras de arte entregadas al fideicomiso A.G.D. y para lo cual, conforme manifiesta el ingeniero Gonzalo Hidalgo, Gerente de Filanbanco S.A., Filanbanco Trust no necesitaba de autorización para aceptar las daciones en pago recibidas al regirse por Leyes Panameñas; así como no se produjo un perjuicio al recibirse la dación en pago de la Cía. Induprin ya que el avalúo efectuado el 25 de noviembre de 1998 por el arquitecto Alfredo Enderica Negrete ex Director Nacional de Avalúos y Catastros del Ecuador (fs. 11587 y siguientes) el valor de la Urbanización Las Orquídeas alcanzaría a 69.9 millones de dólares



aproximadamente y el valor de los locales comerciales de Puntilla Mall alcanzaría a 24.2 millones de dólares aproximadamente. Cualquier pérdida o incremento de valor en esos bienes por el paso del tiempo o su custodia no son imputables ni benefician a los procesados, ni pueden ser argumento para mejorar o empeorar su situación legal, pues los hechos deben analizarse al momento de su ejecución, en el año de 1998.

9.6.- OMISIONES DE FIRMA AUDITORA HANSEN HOLM.

9.6.1. El economista Pedro Delgado, Intendente Nacional de Supervisión de Entidades Financieras, en el memorando Nro. INSEF-2000-942 de 22 de junio del 2000 (fs. 3529 a 3535) dirigido al Dr. Juan Falconi Puig, Superintendente de Bancos, señala las responsabilidades en que habría incurrido la firma auditora externa Hansen Holm en el seguimiento del destino de los créditos de liquidez concedidos a Filanbanco S.A. por el Banco Central del Ecuador.

9.6.2. Por el incumplimiento incurrido por la empresa Hansen Holm al no haber revisado el destino de los recursos obtenidos por Filanbanco del Banco Central, el economista Pedro Delgado sugiere que debe instruirse al departamento correspondiente de la Superintendencia de Bancos la preparación de una Resolución que suspenda su licencia, petición que fue acogida el 16 de junio del 2000 con el Nro. SB-2000-0568, la cual suspende la licencia de funcionamiento de la mencionada firma Hansen Holm. Por otra parte, precisa que hasta el 19 de enero de 1999 el seguimiento a los créditos de liquidez, otorgados por el Banco Central, se limitaban por instrucciones de la Superintendencia únicamente a Filanbanco S.A., por lo que no podía pronunciarse sobre las operaciones realizadas en el Filanbanco Trust., señalando en el último informe que: "Debido a las situaciones descritas en los numerales octavo y noveno no podemos expresar y por consiguiente no expresamos una opinión sobre la información remitida por el

Banco, correspondientes a Filanbanco Trust & Banking Corp. por el período comprendido entre el 11 al 28 de diciembre de 1998, situación que se origina porque Filanbanco no entrega la información suficiente para poder opinar”.

9.6.3. La firma Hansen-Holm realizó el seguimiento solicitado por la Superintendencia de Bancos, al haber requerido en forma oportuna, información y explicaciones sobre la cuenta por cobrar por US \$107.3 millones y el posterior fideicomiso de dación en pago, al Gerente General de Filanbanco ingeniero Daniel Cañizares, con el afán de prevenir el cometimiento de actos irregulares, teniendo como respuesta del ingeniero Cañizares en la carta de 2 de febrero de 1999, que no existe situación irregular que pueda afectar a la institución, o a terceros como podría interpretarse a primera vista, y si algún retardo existió en la entrega de información, se debió básicamente a cuestiones de interpretación legal, lo cual siempre al perfeccionarse toma tiempo llevarlo a cabo.

9.6.4. El registro contable de la dación en pago debió efectuarse una vez inscrita en los correspondientes registros públicos la documentación legal contentiva de esta negociación, esto es, el 31 de diciembre de 1998, fecha en la que se contabilizó. El propio economista Pedro Delgado, determina posteriormente que la firma de auditores Arthur Andersen, representante de Hansen-Holm en Panamá sí reveló en su informe las operaciones por US \$ 107.3 millones, que realizaran los ex-accionistas de Filanbanco, para concluir que: se debe dejar sin efecto la resolución Nro. SB-2000-0568 de 16 de junio de 2000 por haber sido desvirtuadas las causales que produjeron su emisión, lo que se debe comunicar a la Fiscalía General del Estado. Como prueba de que la firma HANSEN-HOLM actuó de acuerdo al alcance de auditoría que le fue encomendada, el Superintendente de Bancos emitió la Resolución Nro. SB 2000-0580 de 22 de junio del 2000 (fs.3895), que dejó sin efecto a la resolución del 16 de junio de ese año.

9.6.5. En el informe pericial del señor José Narváez D. (fs.11343 a 11372), consta como conclusión que: la firma de auditoría externa, Hansen Holm & Co., cumplió con los términos precisados por el Directorio del Banco Central del Ecuador, en las labores” de revisión encomendadas presentando los informes que les correspondía. Tales hechos motivaron la revocatoria de la orden de prisión que se había emitido. Los funcionarios de la Superintendencia de Bancos implementaron y desarrollaron todos los controles necesarios para efectuar una supervisión oportuna y adecuada, habiendo delegado una comisión de auditoría con quince días de anticipación a la fecha en que el Directorio del Banco Central autorizó para que Filanbanco acceda al cupo remanente del crédito, al amparo del artículo 24 de la Ley de Régimen Monetario y Bancos del Estado. Los auditores delegados por la Intendencia de Bancos de Guayaquil presentaron sus informes semanales en forma oportuna, los que sirvieron de base para que las intendencias operativas, tanto la Nacional de Bancos y Grupos Financieros a cargo del señor Patricio Moreno H., como la de Bancos de Guayaquil bajo la responsabilidad del economista Carlos Plaza Hernández efectúen las observaciones respectivas que debía adoptar Filanbanco S.A., para superar su problema de iliquidez.

9.7.- VENTA DE CARTERA DE FILANBANCO S. A., A FILANBANCO TRUST & BANKING CORP.

9.7.1. Consta del proceso a fojas 9959, el oficio Nro. SE-1465-2000 00 01868, del 12 de junio del 2000, suscrito por el Econ. Miguel Dávila Castillo, Gerente General del Banco Central del Ecuador, dirigido a la Fiscalía General en el que consta textualmente que: “La compra de cartera realizada por Filanbanco S.A. a su subsidiaria off-shore Filanbanco Trust, no ha sido considerada por el Banco Central como una operación de crédito nueva que hubiese infringido las normas regulativas del Directorio del Instituto Emisor, puesto que, conforme las disposiciones legales y reglamentarias actualmente vigentes en el país, al grupo

financiero se lo ve como una sola unidad, consolidada, de modo que tal transacción se considera que ha sido realizada dentro de la misma organización y no con un tercero. Este criterio legal se ve consagrado desde 1994 en que se expidió la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero y desde entonces se lo ha venido aplicando para todos los efectos legales y técnicos, en ámbitos tales como la supervisión y control, el análisis y seguimiento de los principales indicadores del sistema financiero, otorgamiento de créditos de liquidez, etc., y ha sido reconocido también en otros cuerpos legales vigentes en el país". Continúa manifestando el economista Dávila, que: 1) Una institución off shore o subsidiaria está plenamente facultada para llevar a cabo, a través de sus oficinas o sucursales de atención al público, operaciones que le son propias a las instituciones integrantes del grupo; de manera que una institución subsidiaria puede captar recursos del público en el evento que esta sea una actividad permitida a una institución controlada que integra el grupo financiero a la que se pertenece aquella; así mismo una institución financiera nacional puede realizar con la entidad off-shore integrante de su grupo financiero, aquellas operaciones permitidas por la Ley, entre las que se encuentra la compraventa de cartera; 2) Cuando una institución subsidiaria presenta necesidades de liquidez, dicha Institución puede solventar tales necesidades a través de recursos que son inyectados desde la institución matriz sin que por tal operación quepa sostener que la entidad matriz ha desembolsado recursos en operaciones de crédito nuevas, puesto que, en la práctica, la transferencia de recursos, se la realiza con el afán de atender el derecho de los depositantes de la subsidiaria, derechos que no difieren en nada de aquellos que tienen los depositantes de la entidad matriz. En la especie, si Filanbanco estaba autorizado para captar recursos del público, también podía captar dichos recursos Filanbanco Trust. Consecuentemente, los recursos por créditos que obtuviere Filanbanco Trust del Banco Central podían legalmente ser utilizados para honrar obligaciones de la propia entidad off-shore y, adicionalmente, de la entidad off-shore, tomando en cuenta que dichas

obligaciones habían sido adquiridas por ambas instituciones al captar recursos en el Ecuador. En la práctica, la inyección de recursos de la institución nacional a la off-shore tuvo, como contrapartida, la compraventa de cartera; 3) Precisamente, considerando que la entidad nacional y la subsidiaria forman parte integrante de una unidad y al amparo de lo previsto en las disposiciones constantes en la Codificación de Regulaciones del Banco Central, las instituciones financieras podían acceder a los créditos del Banco Central en base al cupo determinado por el monto al que asciende el patrimonio técnico constituido de la institución prestataria o del consolidado o combinado del grupo financiero al que se pertenece.

9.7.2. De lo anterior se concluye que la venta de cartera de Filanbanco S.A., a Filanbanco Trust & Banking Corp., por un valor de US \$115.9 millones de dólares, que registró Filanbanco S.A., en contrapartida una cuenta por cobrar “varias”, contra la cual se crea una cuenta de provisión por igual monto, y con lo que se pudo suponer que esos asientos contables conducían a que el valor generado por la venta de la cartera se elimine, es evidente que constituyen una infracción penal, como también lo es, el registro contable de Filanbanco Trust por la compra de cartera por el monto de alrededor de 116 millones de dólares y como contrapartida generó la cuenta pasiva 2990 que se llama otras cuentas del pasivo por igual valor, así como también se registran provisiones de valores que es la cuenta 1399, por el monto de 116 millones de dólares, en contrapartida a la referida cuenta pasiva, eliminándose de este modo la obligación de Filanbanco Trust con Filanbanco S.A., y causando un enorme perjuicio económico al Estado ecuatoriano y por ende a los depositante de dineros en la institución bancaria Filanbanco.

9.7.3. Con relación a la presunta entidad denominada Republic International Corporation (RIC), que fue referida por el economista Pedro Delgado, Intendente

Nacional de Supervisión de Entidades Financieras, en su memorando Nro. INSEF-2000-0863 de 15 de junio del 2000, que habría estado anexada a Filanbanco, domiciliada al parecer en Gran Caimán, y que habría estado efectuando captaciones sin autorización legal, no se ha demostrado procesalmente, pese a que el doctor Galo Pico Mantilla, Presidente de la Corte Suprema de Justicia, requirió al doctor Juan Falconí, ex Superintendente de Bancos, en la providencia de 13 de octubre del 2000, toda vez que del proceso de investigación de las actividades financieras de Filanbanco S.A., no ha concluido, ya que "...en el numeral 6 constan varios análisis de los movimientos financieros, de los cuales no aparecen resultados concretos, sino suposiciones o presunciones como cuando se dice en forma hipotética: "...mencionadas inversiones corresponderían a activos que probablemente no tendrían valor económico financiero de ejecución"; "...que aparentemente se trata de Republic International Corporation"; que "...estaría localizada en Gran Cayman..."; "...que habría estado efectuando captaciones sin la autorización legal correspondiente, anexa a Filanbanco".

9.7.4. En la etapa procesal correspondiente se ha dispuesto que en el plazo de veinte días, el señor Superintendente de Bancos informe sobre: "... La existencia de una entidad denominada Republic Intenational Corporation "RIC", la misma que según dice el informe habría estado efectuando captaciones sin la autorización legal correspondiente. ...". Esta providencia, no atendió el doctor Juan Falconí, por lo que fue requerido nuevamente en providencias de 8 de noviembre del 2000 y 31 de mayo de 2001, de las cuales únicamente contestó la última mediante oficio No. DNJA 2001-061 de 29 de junio de 2001, en el que se indica que la documentación de que dispone la superintendencia de Bancos en relación con los hechos que se juzgan, ha sido ya remitida en su totalidad, es decir, en memorando No. INSEF-2000-0863 de 14 de junio de 2000.

9.7.5. Sin embargo esos hechos jamás fueron concretados ni demostrados, como

lo reconoce el propio economista Pedro Delgado en el oficio No. INSEF-2000-1977 de 19 de junio del 2000, dirigido al doctor Juan Falconi Puig, entonces Superintendente de Bancos, y que obra a fojas 24532, cuando textualmente manifiesta que las conclusiones a que llega el informe No. INSEF-2000-0863 “...constituyen una serie de presunciones desde el punto de vista de la auditoría, las cuales a su juicio deben ser analizadas a nivel de detalle, por lo que cree fundamental que se contrate una firma internacional, que efectúe un análisis de las operaciones descritas en el informe antes mencionado, bajo el estricto control de esa Intendencia.”. No obstante ello, resulta necesario referirse respecto a los hechos que se suscitaron con posterioridad a la última contestación que al respecto proporcionara la Superintendencia de Compañías, relato que se encuentra analizado y sustentado en el informe de los peritos licenciado Guido Anibal Goyes Olalla y el economista Luis Anibal Ortiz Carlosama, designados durante el Plenario, quienes manifestaron en su informe que obra a fojas 11360 y s.s., que: “Del Informe escrito por Edison Romo Schaffey y María Soledad Montenegro Rivas, Auditores del Sistema Financiero y Martha Zorilla Mendoza, Directora de bancos y grupos financieros de la Superintendencia de bancos, señala que a la cuenta N° 1122900500000” inversiones varias” de Filanbanco Trust & Banking Corp., se carga la suma de 107,324,726.81 dólares, como consecuencia de los pagos efectuados por la entidad off-shore conforme se desprende la muestra de cheques adjunta, por lo tanto Filanbanco Trust & Banking Corp., ha contabilizado indebidamente las transacciones que generaron las salidas de fondos lo que ocasionaría que los Estados Financieros no presenten razonablemente la situación económica y financiera de la entidad. Posteriormente se revisaron tres providencias del Presidente de la Corte Suprema de Justicia solicitando pruebas sobre lo dicho en el informe antes referido, pero la Superintendencia de Bancos y Seguros no proporcionó prueba adicional alguna, por lo que la Ministra Fiscal solicita un exhorto a la justicia americana para probar el desvío de fondos, a lo que el Departamento de Estado de los Estados Unidos

respondió que no existió evidencia de dicho desvío.” Lo manifestado, significa entonces que se ha justificado conforme a derecho la existencia real de las presunciones señaladas en el punto seis del memorando suscrito por el economista Pedro Delgado.

DECIMO.- EL DELITO DE PECULADO IMPUTADO, SU NATURALEZA Y EL PRINCIPIO DE COMUNIDAD:

10.1.- En respeto del Principio de congruencia y del principio de legalidad el tipo penal atribuible en el presente caso es el previsto en el artículo 257 del Código Penal, que prescribe: “ Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años, los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público, que, en beneficio propio o de terceros, hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo, ya consista el abuso en desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante. La pena será de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años si la infracción se refiere a fondos destinados a la defensa nacional. Se entenderá por malversación la aplicación de fondos a fines distintos de los previstos en el presupuesto respectivo, cuando este hecho implique, además, abuso en provecho personal o de terceros, con fines extraños al servicio público. Están comprendidos en esta disposición los servidores que manejen fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los bancos estatales y privados. Igualmente están comprendidos los servidores de la Contraloría General y de la Superintendencia de Bancos que hubieren intervenido en fiscalizaciones, auditorías o exámenes especiales anteriores, siempre que los informes emitidos implicaren complicidad o encubrimiento en el delito que se pesquisa. Los culpados contra quienes se dictare sentencia condenatoria quedarán, además, perpetuamente incapacitados para el

desempeño de todo cargo o función pública; para este efecto, el juez de primera instancia comunicará, inmediatamente de ejecutoriado, el fallo a la Dirección Nacional de Personal y a la autoridad nominadora del respectivo servidor, e igualmente a la Superintendencia de Bancos si se tratare de un servidor bancario. El Director Nacional de Personal se abstendrá de inscribir los nombramientos o contratos otorgados a favor de tales incapacitados, para lo cual se llevará en la Dirección Nacional de Personal un registro en que consten los nombres de ellos. La acción penal prescribirá en el doble del tiempo señalado en el artículo 101. Con la misma pena serán sancionados los servidores de la Dirección General de Rentas y los servidores de aduanas que hubieren intervenido en Actos de Determinación. También están comprendidos en las disposiciones de este artículo los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del sistema financiero nacional privado, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades, que hubiesen contribuido al cometimiento de estos ilícitos". Del texto legal citado y con el fin de determinar si la conducta de los sindicados **ROBERTO ISAIAS DASSUM, WILLIAM ISAIÁS DASSUM, JUAN FRANCO PORRAS, GASTÓN GARCÍA GONZÁLEZ, LEONARDO NAVAS BANCHÓN, ANTONIO ARENAS C.**, en calidad de autores y como cómplices del mismo tipo penal los señores **JORGE EGAS PEÑA, LUIS JÁCOME HIDALGO**, se encasillan en las hipótesis previstas en el tipo penal por el cual fueron acusados, pues estos últimos su actuar se subsume a emitir opiniones e informes en unos casos favorables y en otros de carácter negativo y con el único propósito de viabilizar los créditos y salvar la quiebra bancaria, pero que fueron distorsionados por quienes tenían el poder de decisión, es decir, tenían el dominio del hecho como eran los administradores del Filambanco y que fueron quienes crearon empresas fantasmas con el único afán de apropiarse de dineros pertenecientes al Estado

ecuatoriano y de muchos depositantes que confiaron en esta institución bancaria. Es necesario señalar que los bienes jurídicos protegidos por la ley penal, en este caso, es la de precautelar el buen uso de los fondos públicos, así como el de asegurar la fidelidad del servidor público o funcionario bancario (privado). En la imputación de peculado, la acción delictiva consiste en apropiarse o distraer en provecho propio o ajeno el dinero o las cosas muebles poseídas por razón de cargo o servicio, y perteneciente a la administración pública. *“Apropiarse”* una cosa significa disponer de ella como si fuera el propietario ... Tanto la apropiación como la distracción deben estar acompañadas de la finalidad de provecho. La Ley habla de este elemento solo a propósito de la distracción, porque en la apropiación está implícito, el que hace suya una cosa, ya, por lo mismo, es un aprovechador. El aprovecharse de los bienes apropiados, entra a formar parte, como elemento esencial, del concepto de acción; y precisamente constituye su dirección objetiva al identificarse con el destino distinto del uso legítimo. *“Provecho”* es cualquier ventaja material o moral, patrimonial o no patrimonial y este provecho debe ser a favor del que comete peculado o de otros. Del análisis sobre la naturaleza del delito, este Tribunal concibe que la conducta imputada en el caso de los sindicatos antes referidos se adecúa al tipo penal descrito en el artículo 257 del Código Penal, pues tanto los elementos del tipo objetivo como los del tipo subjetivo, conllevan a la subsunción del hecho concreto que se investiga en la norma abstracta antes referida. No cabe la alegación de los imputados respecto de la no comisión del delito de peculado, en virtud del principio de comunidad y de la ley antes analizada. La legislación española por la consideración del parecido con que guarda con la apropiación, le denomina *“malversación”* y su doctrina concibe a este delito como *“la apropiación o gasto o uso indebidos de fondos públicos por quien siendo funcionario o autoridad tiene encomendada su custodia y/o su administración”* (Derecho Penal, Parte Especial, Enrique Orts Berenguer y otros autores, Editorial Tiran lo Blanch, Valencia, 2004, p. 929).

10.2.- Se debe considerar las distintas formas de comisión del delito, pues para la apropiación de los caudales públicos no siempre suelen utilizarse métodos tradicionales, sino que se instrumentan mecanismos operativos que determinan el caudal público entregando a un tercero para que éste los utilice de una manera fraudulenta en su propio beneficio o en beneficio de los miembros de la asociación a título singular o bien sea mediante la falsificación de documentos a través de la utilización de sistemas técnicos o científicos que sirven de vehículos para tal objetivo.

10.3.- El bien jurídico protegido en la figura del peculado, tiene como antecedente el daño, que según el filósofo inglés John Stuart Mill Pereira, sustentaba que “La separación de dichas esferas de libertad por medio del «principio de daño» conlleva que cada ciudadano tiene plena libertad para perseguir sus deseos y fines mientras no dañe a los demás, esto es, mientras que no menoscabe intereses ajenos (...), la libertad de mover mi brazo finaliza cuando comienza su nariz”¹. Esta concepción nos permite comprender que el servidor público o el tercero particular, no puede argumentar su limitación a un simple pedido y endosar la responsabilidad al funcionario autorizante de la transferencia de fondos públicos, porque teniendo aquella condición, el efecto dañoso se produce en la colectividad y no se puede a pretexto de salvar a la patria, distraer dineros que los particulares depositaron en las instituciones bancarias del país y más todavía sin observar todos los presupuestos que determinaba el ordenamiento jurídico y expedir decretos con el único afán de favorecer a grandes grupos financieros del país en desmedro de la economía de grandes sectores de la población. En el Derecho Penal se tiene en cuenta la concepción reflexiva del bien jurídico, partiendo de una realidad y de los sujetos de la acción, que conllevan a una determinación de vínculos reales en el acaecimiento materia de la investigación.

¹ Andrew Von Hirsch, “La Teoría del Bien Jurídico”, varios autores Roland Hefendehl (ED), Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, 2007, p. 40.

10.4.- En cuanto a la malversación, esto es, al peculado, según nuestra legislación, el profesor Jorge Boumpadre, nos ilustra, que en un sentido estrictamente idiomático quiere decir “mala inversión”, es decir, inversión ilícita en los caudales ajenos que se los confía y citando a Cuello Calón, manifiesta: *“Las figuras delineadas en el capítulo se bifurcan en una doble dimensión: por una parte, constituyen una infracción del deber de probidad de los funcionarios en el manejo de los fondos públicos, que por razón de sus cargos les están confiados, y por otra implica una lesión por los intereses patrimoniales del Estado”*². El delito de peculado o malversación, según el autor antes citado *“se consuma con el empleo de los trabajos o servicios en beneficio del autor o un tercero.”*, pues se trata de un delito de pura actividad; sin embargo, *“la aplicación efectiva de los trabajos o servicios a la esfera particular no modifica el carácter del delito.”*, el resultado material no es un presupuesto del delito sino la conducta misma, deviniendo de ello, que la sola *“afectación del bien jurídico es suficiente para perfeccionar el tipo, con independencia de que se logre o no el provecho perseguido o que se produzca un perjuicio patrimonial a la administración.”*³.

10.5.- Los elementos objetivos del tipo son: **a) Conducta, acto, acontecimiento o hecho prohibido.-** Consiste en abusar de los dineros públicos, efectos, piezas, títulos, documentos o bienes en general o en la aplicación diferente de aquella a que estuvieran destinados los mismos. Ese cambio de destino, puede ser dentro de la órbita de la administración o puede ser mediante la sustracción, la disposición arbitraria, la malversación o el uso indebido de dichos bienes y para la utilización de la malversación, el destino ha de ser específicamente determinado en una norma jurídica, esto es, en una ley, en un estatuto, en un reglamento, etc., siempre que no exista una jerarquía normativa que limite aquel cambio a una ley

² Derecho Penal Parte Especial, Tomo 3, Mario A. Viera, Editor Buenos Aires, 2003, p. 239.

³ Idem., pp. 268 y 269

especial y con los presupuestos que en ella se determinen, de ahí la terminología actual de nuestra legislación de “abusar” y abarca al co-administrador, permitiendo que el tipo penal alcance “a aquellos actos de disposición de bienes que resulten de una decisión integrada por otros funcionarios, por ejemplo directores, comisiones, juntas, etcétera.”⁴. **b) Sujetos (activo y pasivo).**- El sujeto activo en el peculado propio, conocido como peculado clásico, sólo puede ser un funcionario público con facultades para administrar los fondos públicos que son malversados, mal usados, arbitrariamente dispuestos o sustraídos. El profesor Francisco Muñoz Conde nos aclara la dualidad existente para el caso y la naturaleza de caudales públicos, cuando afirma: “Pero el carácter de sujeto de este delito no lo da sólo el hecho de ser autoridad o funcionario público, sino la relación de estas personas con el objeto material del delito: los caudales o efectos públicos (...) Basta tan sólo con la percepción por parte del funcionario de los caudales destinados a la administración para que éstos adquieran ya la calidad de públicos”⁵. En el caso de los particulares, para la aplicación del principio de comunidad del delito, se requiere que uno de ellos sea quien ostente tal calidad, deviniendo de ello que, quien ejerce la función pública pueda disponer, autorizar, permitir, apoyar mediante un informe de carácter jurídico o financiero la separación de los caudales de manera arbitraria, esto es, sin observar los mecanismos o presupuestos que permitan una regular separación o destinación distinta de dichos fondos. El sujeto pasivo como se deja analizado, es la institución pública en cualquiera de las previstas en el artículo 118 de la Constitución Política de 1998, hoy en el artículo 225 de la Constitución de la República del Ecuador. **c) Elementos descriptivos.**- Son aquellos que la norma penal expresa una realidad naturalística o acaecimiento aprehensible por los sentidos; esta realidad, permite establecer modalidades de comisión para el aprovechamiento de los caudales públicos, bien

⁴ Boumpadre, Idem, p. 245

⁵ Francisco Muñoz Conde, Derecho Penal, Parte Especial 17ª Edición revisada y Puesta al Día, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 946 y 947.

sea utilizando procedimientos crediticios con personas vinculadas o relacionadas expresamente prohibidos, bien aquellos que han intervenido para la comisión de este ilícito o bien aquellas personas que prestaron su nombre para beneficio propio o de un tercero, y en general, a todos los funcionarios, empleados o servidores.- **d) Elementos normativos.-** Son aquellos que aluden una determinada situación jurídica o social. Estos pueden subdividirse en valorativos y de sentido, los primeros llevan implícito un juicio de valor, mientras los segundos solo son susceptibles de comprensión espiritual. En el peculado en general los elementos normativos – valorativos están descritos en el artículo 257 del Código de Procedimiento Penal.- **El Objeto Material.-** El objeto material en el delito de peculado según la concepción de Carlos Creus, “son los caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le ha sido confiada al funcionario por razón de su cargo”⁶. **El Tipo Subjetivo.-** Este aspecto constitutivo del tipo en la concepción finalista, implica que la conducta se realice en provecho del funcionario autor de la misma o de un tercero, es decir, que tiene que actuar pretendiendo una satisfacción de necesidad o utilidad extraña a la administración, aunque no persiga una ventaja de carácter patrimonial, pero que se concrete a un abuso funcional. En nuestra legislación no existe el peculado imprudente o culposo, pero si el peculado de comisión por omisión, que a diferencia del delito de omisión simple, en éste, se produce una no realización de una acción finalista que el sujeto o funcionario podía realizar en la situación concreta, mientras en aquel, el omitente ocupa una posición de garante del bien jurídico en peligro que le da una equivalencia a los delitos de acción dolosos y su comportamiento pasivo busca la producción de un resultado, el cual en el peculado como se deja analizado, se contrae al quitamiento, al abuso o a la sustracción de los caudales públicos por un tercero ante la pasividad del custodio o funcionario cuya relación con el objeto

⁶ Carlos Creus, Derecho Penal, Parte Especial, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1983, Tomo II, p. 325.

material del delito mantiene, según el profesor Luis Jiménez de Asúa, “consisten en lograr que se produzca un resultado omitiendo una acción esperada”⁷.-

10.6.- El delito de peculado por su **NATURALEZA**, requiere de dolo directo y según Raúl Plascencia Villanueva, refiriéndose al dolo y la culpa, manifiesta: *“El dolo y la culpa constituyen, en términos del estado actual de la evolución de la dogmática penal, elementos del tipo penal, lugar resultante de su ubicación a nivel de la acción por parte de la teoría final de la acción, la cual hoy se percibe como dominante en la dogmática penal, cuestión por la que debemos desterrar todo planteamiento que pretenda analizarlo como forma especie o elemento de la culpabilidad ... El dolo ha constituido durante el transcurso de la historia uno de los elementos subjetivos de mayor relevancia ... En los inicios de la teoría del dolo se le concibió a partir de la teoría de la voluntariedad, desarrollándolo como una consecuencia directa que el autor ha previsto y deseado; sin embargo, esta idea fue superándose, hasta que se substituyó por la representación bajo la base de que no permitía definir el dolo eventual. Las ideas expuestas por Mayer permitieron resolver el dilema del dolo eventual mediante la teoría de la representación al señalar que la producción contraria al deber de un resultado típico es dolosa no sólo cuando el autor se representa el resultado que sobrevendrá al emprender la acción, sino también cuando esa representación no le movió a cesar en su actividad voluntaria. Lo anterior, dio lugar al desarrollo de la teoría de la voluntad y de la representación en torno al dolo ... En la doctrina causalista clásica, el dolo se concebía como *dolus malus*. Contenía como tal, dos aspectos: a) el conocimiento y voluntad de los hechos, y b) la conciencia de su significación antijurídica (conocimiento del derecho). Actualmente, en virtud de los aportes derivados de la teoría final de la acción es preferible utilizar un concepto más restringido de dolo, que se entiende como dolo natural, concepción diversa de la*

⁷ Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, cuarta edición actualizada, Editorial Losada, S. A., Buenos Aires, 1963, tomo III, El delito, p. 389

propuesta del finalismo ortodoxo, en la que el dolo incluía únicamente el conocer y querer la realización de la situación objetiva descrita por el tipo del injusto y no requiere que se advierta que dicha realización es antijurídica (no incluye la conciencia de la antijuricidad ... El dolo directo de primer grado o intención. En este primer caso el dolo de primer grado o intención se refiere al autor que persigue la acción típica o, en su caso, el resultado requerido por el tipo, dominando el factor de voluntad. La intención en el sentido anterior se reduce a una cuestión eminentemente subjetiva que alcanza la concreción del tipo penal situándose más allá del tipo objetivo y que acorde con el tipo se debe tener presente pero que no precisa alcanzar. En efecto, la intención es retomada por el legislador en diversos tipos, los cuales aluden a eventos futuros, refiriéndose a la intención no como dolo, sino a nivel de la certeza, la duda o el desconocimiento ... El dolo directo (dolus directus) constituye una de las manifestaciones del dolo al revestir la producción de un resultado típico con la conciencia de que se quebranta un deber jurídico en pleno conocimiento de dicha circunstancia y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere. Lo cual se traduce en la concurrencia en el autor del conocimiento de lo que va a realizar en relación con el tipo y en especial la previsibilidad de la producción de un resultado típico, siendo el conocimiento el aspecto central. La manera como el legislador acostumbra designar el dolo directo es mediante la idea de "conociendo" o "a sabiendas".

ELEMENTOS DEL DOLO: A. El conocimiento: El conocimiento de lo que se pretende hacer es uno de los elementos exigidos por el dolo, pero cuáles son las características de dicho conocimiento. En principio, debe ser actual, es decir, en el momento mismo en que el autor despliega su comportamiento y debe referirse a los elementos del tipo objetivo que está concretando. Empero, no todos los elementos del tipo objetivo son factibles de conocer de una misma manera, por ejemplo, los normativos exigen de una valoración jurídico-social incluso requieren

de un conocimiento técnico: por ejemplo un título de crédito, el servicio público, las armas de uso exclusivo del ejército y fuerzas armadas, ameritan una reflexión jurídica y una respuesta de la ley, siendo distinto el conocimiento que puede tener una persona con instrucción jurídica en comparación con quien adolezca de ésta: sin embargo, la exigencia de la ley es el conocimiento simple que se pueda tener de dichos conceptos ... Por otra parte, los elementos descriptivos requieren la percepción de los sentidos por ejemplo las lesiones que se infieren a una persona durante una riña suponen el conocimiento de la violencia que se está ejerciendo para dañar al oponente. En relación con el conocimiento, éste puede anularse con motivo del error sea sobre los presupuestos o bien sobre los elementos del tipo, con las posibilidades de ser vencible o bien invencible, el primero existe en aquellos casos en que el sujeto activo no tiene la posibilidad de conocer la realidad típica objetiva no valorativa a pesar de ponerse en juego el cuidado posible y adecuado para no caer en una falsa apreciación, en tanto el vencible aparece cuando el sujeto por no haber desplegado el cuidado posible y adecuado produce la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Los efectos del error son diversos, así, tratándose del invencible, no existe el dolo ni la culpa y para el caso del segundo se elimina la posibilidad del dolo pero no de la culpa. **B. Querer.-** En materia de voluntad, vale la pena recordar la idea respecto de la libertad de voluntad que se origina en la libertad individual del ser humano, su aparición en la concreción del tipo, por ejemplo, el que desea dañar el patrimonio de otra persona y lo logra. En el sentido anterior la voluntad es una definición del sujeto activo sobre un objeto conocido y puede presentarse de manera deliberada o indeliberada. Pero en cuáles casos puede afirmarse que el sujeto quiere realizar su comportamiento; podríamos señalar que será cuando acepta el resultado anticipadamente, sea por representación o bien porque aparece como probable sin que tal probabilidad sea suficiente para detenerlo en la realización de su propósito, o bien en la omisión del deber que está obligado a acatar. El querer puede ser anulado en un momento determinado por la presencia de fuerzas

externas irresistibles denominadas como *vis absoluta*, *vis mayor* y los actos reflejos. La *vis absoluta* y la *vis mayor* son fuerzas físicas, externas e irresistibles que, por recaer sobre el cuerpo del sujeto impiden en el caso concreto, al querer típico, la primera es atribuible al ser humano y la segunda a las fuerzas de la naturaleza. Los actos reflejos se entienden como reacciones del cuerpo humano involuntarias en respuesta a estímulos externos ...”⁸. El tratamiento de esta figura descansa en una base fundamental: si el dolo supone el conocimiento y el querer realizar un determinado comportamiento, al existir error en el sujeto activo, la parte relativa al conocimiento no se concreta por consecuencia el dolo se excluye. Por otra parte, si lo que hace falta es el conocimiento de los elementos del tipo calificado, entonces se integra el tipo básico y para el caso de que el error se deba a una conducta culposa, entonces debe sancionarse por la concreción del tipo de manera culposa, si es que la ley prevé dicha posibilidad, lo que en el caso de la legislación nacional no se encuentra contemplada. En el caso materia de juzgamiento se puede determinar con absoluta objetividad que en la conducta de los sindicado como autores y cómplices hay dolo directo, pues este se hace evidente cuando el Ex. — Administradores del Banco Filanbanco crean empresa vinculadas y fantasmas para beneficio propio y de tercero, conforme esta probado de autos, perjudicando y aprovechándose de dineros del Estado, así como la falta de fidelidad y confianza que el Estado ecuatoriano había depositado en ellos al conferirles una serie de préstamos para salvar a la banca, pero que fueron otorgados para otros fines, es decir, que el elemento volitivo y cognitivo estuvieron presentes en el fin de querer causar un daño patrimonial al Estado y con ello faltaron a la fidelidad y confianza depositadas ellos, pues su conducta se ajustó al accionar propio de su función y por lo mismo le es atribuible el juicio de reproche en su contra. Es importante consignar que la forma modal del peculado bancario se encuentra vigente desde el 13 de mayo de 1999 como ya se ha

⁸ Raúl Plascencia Villanueva, Teoría del Delito, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004, pág. 113 y ss.

analizado, y como se encuentra reconocido en la sentencia dictada el 22 de enero del 2009 a las 11h00, en el recurso de revisión deducido por Francisco Rosales Ramos y otro, en el caso Banco Popular, cuyo fallo suscriben los doctores Hernán Ulloa Parada, Milton Peñarreta y Luis Moyano Alarcón, en base del dictamen formulado por la propia fiscalía y suscrito por el delegado del Fiscal General del Estado del peculado Bancario y que consta en el proceso antes mencionado. Tanto el Art. 24 numeral 1 de la Constitución de 1998, como el Art. 76 numeral 3 de la Constitución del 2008 establecen que nadie puede ser juzgado por acto u omisión que no esté previsto como infracción, y consagran el derecho a ser juzgado de acuerdo con la ley existente al tiempo de los hechos que se imputan como infracción. Esta garantía que reconoce el **principio de legalidad o de tipicidad** y de un **derecho penal de acto** se encuentra igualmente reconocida en el Art. 2 del Código Penal y Art. 2 del Código de Procedimiento Penal del 2000 aplicables al caso, es decir que no se les puede juzgar como delito de peculado bancario porque este entro en vigor con posterioridad a la comisión del ilícito penal que se está juzgando. Además, de todo lo dicho, hay constancia procesal que justifica que los sindicatos han abusado de fondos públicos, creando para ello compañías fantasmas para beneficiarse de manera personal y a terceros.-

DECIMO PRIMERO.- ANALISIS DE LA CONDUCTA DE LOS SINDICADOS DANIEL RODRIGUEZ GALARZA, GLORIA MAGDALENA AVILA AGUILAR, MARÍA DEL CARMEN MORLA, BOANERGUES PEREIRA ESPINOZA Y TYRONE CASTRO CASTRO:

11.1. En cuanto a la conducta de los sindicatos BOANERGUES PEREIRA ESPINOZA Y TYRONE CASTRO, cabe hacer el siguiente análisis: El derecho se invoca, no se prueba Que los CDRs eran y son documentos libremente negociables, inclusive por los bancos, de acuerdo con el Decreto Ejecutivo No.

685 del 11 de marzo de 1999, que los creó, y el artículo 8 del Código Civil. En el caso de los bancos, además, por el artículo 51, literal j) de la Ley General de Instituciones Financieras. c) Que Filanbanco nunca estuvo en “saneamiento”..... d) Que hasta que Filanbanco pasó a liquidación, independientemente de que su único accionista haya sido la Agencia de Garantía de Depósitos AGD, era un banco PRIVADO, sujeto al derecho privado, como así lo ratificó reiteradamente el Procurador General del Estado en opiniones vinculantes, de las cuales apenas dos se han agregado a los autos. El mismo criterio referido a Filanbanco mantuvo el Intendente Jurídico de la Superintendencia de Bancos, a Octubre de 1999, época en la que se realizó la negociación de CDRs que distorsionada y tendenciosamente se refiere en la denuncia, entre miles de operaciones similares que no han sido cuestionadas por nadie, en ningún momento. e) Que el Decreto No. 1492 de Octubre del 2000, no prohíbe la negociación de CDRs, como equivocadamente sostiene el dictamen fiscal, porque era y sigue siendo libre. Por el contrario, el artículo 8 del Decreto No. 685 de Marzo 11 de 1999, ya “obligaba” a los bancos a recibir CDRs por el pago de deudas. **Que se quiera distorsionar y confundir la libre negociación de esos títulos valores con la obligación de recibirlos, o lo que es más grave, con la inexistente prohibición de negociarlos, es audaz y atrevido a este nivel jurisdiccional.** En el caso en cuestión, **los CDRs materia de esta negociación fueron, además, entregados por el banco a su mismo valor nominal, con lo cual no se dio el más mínimo perjuicio económico por ese hecho.** La legislación derivada del congelamiento bancario y que consta del Decreto 685 del 11 de marzo de 1999, en relación con el Decreto 1226, publicado en el Registro Oficial 270 del 6 de septiembre de 1999, en el artículo uno determina que cualquier persona que mantenga créditos con instituciones financieras que se encuentren en reestructuración o saneamiento podrán cancelar la totalidad o parte del capital de tales operaciones con certificados de depósito reprogramados; necesario flexibilizar y modificar las normas del referido decreto 685 del 11 de marzo de 1999. El Decreto de la

referencia en el artículo 1 agrega que los certificados deberían ser obligatoriamente recibidos para cancelar la totalidad o parte del capital de las obligaciones por vencer o vencidas. No se establece obligación de ser recibidos sino para cancelar créditos vencidos o por vencer, pero esto no quiere decir que no se los pueda negociar sea por el convenio de las partes, pues no existe ni existió prohibición alguna, entendido que la ley manda, prohíbe o permite. Lo manifestado está ratificado en el artículo 3° del referido decreto que permitió la libre negociación al valor libremente acordado entre las partes cuando señalaba: “Art. 3.- Cuando los certificados de depósitos no se encuentren cubiertos por la garantía de depósitos, las instituciones financieras .. tendrán la opción de recibir los certificados de depósito de otra institución, al valor libremente acordado entre las partes, para cancelar la totalidad o parte del capital de las obligaciones por vencer y vencidas...” y en el artículo 5, el mismo decreto agregó que los bancos podrán pagar sus obligaciones con la Corporación Financiera Nacional, así como adquirir activos de bancos que se encuentren bajo el procedimiento de saneamiento a puertas cerradas., mediante la entrega de certificados de depósitos reprogramados. Finalmente, en el artículo 7 se estableció que, el Superintendente de Bancos, previa solicitud de la institución financiera podrá autorizar que la negociación de certificados de depósitos reprogramados sea facultativa y en el artículo 9 expresamente dijo “se faculta al Superintendente de Bancos para que mediante resolución emita las normas complementarias para la aplicación de este decreto”. De lo manifestado deviene de manera irrefragable que se inició un juicio en contra de estos sindicatos que jamás debió existir, con el único propósito de causar daño aún a costa de su propia libertad, de los procesados. Cabe destacar que el peculado es un delito de daño, para su comisión es imprescindible que los bienes y efectos públicos salgan del patrimonio del Estado e ingresen en el del funcionario como lo bien sosteniendo la jurisprudencia nacional y la doctrina mayoritaria, pero en el presente caso como se ha señalado anteriormente con la negociación de los CDRs, no se causó ninguna lesión al patrimonio estatal. Por

otra parte, cabe recalcar que el tipo penal del peculado es una figura delictual dolosa, pues nuestra legislación no establece la modalidad de culposo que si existe en otras legislaciones referidas a la malversación, que exige el abuso de los recursos públicos y privados, por ejemplo los captados del público, para disponer arbitrariamente de ellos sea en beneficio propio o de un tercero, esto es, con el correlativo perjuicio a la entidad de derecho público, como lo determina el tipo penal y que constituye el bien jurídico protegido en la figura del peculado, por lo que en el presente enjuiciamiento se han quebrantado normas legales y constitucionales que estuvieron vigentes a la fecha en que ocurrieron los supuestos hechos, como es el Art. 24.14 de la Constitución Política de 1998 y que se encuentra ratificado en la actual Constitución de la República, de manera concreta la disposición contenida en el 76, numeral 7, literal l), pues tanto la Fiscalía General como el Ex – Presidente de la Corte sin mayores elementos de convicción y en evidente ánimo de persecución penal (político), exhibió una motivación insuficiente, y sobre todo, impertinente al tratamiento jurídico que debía aplicarse a los hechos y conductas en juzgamiento, y no adecuada a la real y auténtica temática ideológica que informa la tesis y presupuestos del tipo penal del peculado. Es pertinente dejar consignado que es obligación de los operadores de justicia en cualquier grado que este sea motivar sus resoluciones, lo que en el caso sub judice no acontece, pues tanto la Fiscalía al formular su acusación y solicitar también la orden de prisión en contra de los imputados, como el Ex – Presidente de la Corte Suprema al acoger las solicitudes violaron el principio de motivación contemplado en la ley y Constitución de la República y que de acuerdo con la doctrina mayoritaria consiste en: “la exteriorización por parte del juez o tribunal de la justificación racional de determinada conclusión jurídica”, según lo señala Fernando Díaz Cantón, citado por Julio B. Maier.

11.2. En lo relacionado con el accionar de los sindicatos DANIEL RODRIGUEZ GALARZA, GLORIA MAGDALENA AVILA AGUILAR Y MARÍA DEL CARMEN

MORLA, su actuar no se subsume en el tipo penal previsto en el Art. 257 del Código Penal, ya que estos no tenían el dominio del hecho y no se les puede atribuir ningún juicio de reproche porque con su actuar no lesionaron ningún bien jurídico tutelado por el derecho penal.-

DECIMO SEGUNDO.- RESOLUCIÓN:

Un requisito para la procedencia y validez de la sentencia de condena, es que en la misma se haga una valoración analítica y crítica de la acusación fiscal pues lo contrario sería convertir a la judicatura en dependiente de la fiscalía. La ley exige que la acusación fiscal entregue los resultados de su actividad como titular de la investigación a cuyo cargo recae la carga de la prueba o el *onus probandi*, los mismos que deben estar referidos a las finalidades de dicha etapa que se contraen a determinar la existencia jurídica del delito, así como la intervención de los acusados en el delito que es objeto del proceso. El juez no puede limitarse a hacer una mera descripción de los actos procesales practicados en la etapa del juicio, como ocurre en más de una ocasión, con grave quebranto del derecho a la defensa, pues corresponde al juzgador evaluar la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica. En esta etapa del proceso penal, el juzgador que es además juez de garantías penales de acuerdo con la Constitución de 2008, debe analizar la prueba de manera prolija, es decir, de manera cuidadosa y esmerada, para concluir si la etapa del juicio cumple o no con las finalidades que prevé la ley procesal penal. Solamente la certeza y lejos de cualquier duda razonable, hace viable y legítima una sentencia condenatoria, fuera de esta posibilidad, la única opción coherente con la vigencia plena de un Estado de Derecho, es la absolución. En el presente caso, lo que si se encuentra probado es que los administradores de Filanbanco S.A. tenían la obligación de presentar un balance con sus respectivos anexos que refleje la situación financiera del banco, con corte

al 2 de diciembre de 1998, y como se manifiesta en el auto de llamamiento a plenario: "esta disposición no fue cumplida por los administradores de Filanbanco." Igualmente se encuentra probado en el proceso que la administración de Filanbanco ha llevado una contabilidad irregular, que podría calificarse de ilegal, lo cual se advierte del Informe de Auditoría Externa de Price Waterhouse Coopers, que consta en el oficio remitido al Ec. Miguel Dávila Castillo, de 15 de enero de 1999. Que igualmente se encuentra probado en autos que los procesados **ROBERTO ISAIAS DASSUM Y WILIANIS ISAIAS DASSUN**, Presidente Y Vicepresidente del Directorio de Filanbanco, **JUAN FRANCO PORRAS** Gerente General y Representante Legal de Filanbanco S.A., **GASTÓN GARCÍA GONZÁLEZ** Auditor Interno de Filanbanco S.A., y **LEONARDO NAVAS BANCHÓN** Contador General de Filanbanco S.A., tipos penales medios, para sussumir su conducta en el tipo penal fin que es el peculado en general, por lo tanto, adecuaron su conducta como autores a las hipótesis típicas que prevé el artículo 257 del Código Penal, esto es, peculado y en calidad de cómplices los señores **JORGE EGAS PEÑA** y **LUIS JÁCOME HIDALGO**. En base de las consideraciones expuestas, **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA**, resuelvo, en mérito de la prueba actuada, la misma que ha sido analizada de acuerdo con las reglas de la sana crítica, declarar la culpabilidad en calidad de **AUTORES** responsables del delito de peculado previsto y sancionado en el Art. 257 del Código Penal a: **ROBERTO ISAIAS DASSUM, WILLIAM ISAÍAS DASSUM, JUAN FRANCO PORRAS, GASTÓN GARCÍA GONZÁLEZ, LEONARDO NAVAS BANCHÓN, ANTONIO ARENAS C.**, cuya edad y generales de ley obran del proceso, a quienes se condena a la pena de **OCHO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA**, sin atenuantes que considerar por la alarma social que ha causado el delito cometido por los encartados. En cuanto a los sindicados **JORGE EGAS PEÑA Y LUIS JÁCOME HIDALGO**, de lo analizado se desprenden que han

colaborado en forma indirecta y secundaria en la consumación del delito, por lo que su grado de participación en el delito de peculado, es el de **CÓMPLICES**, en consecuencia se les impone la pena de **TRES AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA**. Con costas, daños y perjuicios. Todos los sentenciados quedan en interdicción, mientras dure la condena; así como, se suspenden sus derechos de ciudadanía, por el mismo tiempo. Por tanto, gírese las correspondientes Boletas Constitucionales de Encarcelamiento y ofíciase al señor Comandante General de la Policía Nacional, así como al señor Jefe Nacional de la Policía Judicial, a fin de que procedan a su localización y captura. En relación a los sindicados: **BOANERGUES PEREIRA ESPINOZA, DANIEL RODRIGUEZ GALARZA, GLORIA MAGDALENA AVILA AGUILAR, MARÍA DEL CARMEN MORLA Y TYRONE CASTRO CASTRO**, por no haberse comprobado que los mismos hayan adecuado su conducta al tipo penal por el cual se dicta la presente sentencia, se ratifica su estado de inocencia, **ABSOLVIÉNDOLOS** de los cargos que en su contra se formularon; en consecuencia, cesen todas las medidas cautelares de carácter real y personal que pesen contra ellos. Dese lectura, notifíquese y cúmplase.- f) **DR. WILSON MERINO SÁNCHEZ, JUEZ NACIONAL DE LA SALA DE LO PENAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- CERTIFICO. f) DR. HONORATO JARA VICUÑA, SECRETARIO RELATOR.**

Particular que pongo en su conocimiento para los fines de ley.



Dr. Honorato Jara Vicuña
SECRETARIO RELATOR



SALA DE LO PENAL DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA