



UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE CUENCA

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

TEMA

**“ANÁLISIS DEL DELITO DE PECULADO SEGÚN LA
CONSTITUCIÓN Y EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL,
EN RELACIÓN AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD
PUNITIVA, EN LA FISCALÍA Y EN LOS TRIBUNALES DE
GARANTÍAS PENALES DE LA PROVINCIA DEL AZUAY”**

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE
LA REPÚBLICA**

AUTOR: JORGE ADRIÁN LONDA LUNA

DIRECTOR: DR. JULIO CÉSAR INGA YANZA, MGS.

**CUENCA - ECUADOR
2021**

DIOS, PATRIA, CULTURA Y DESARROLLO



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

TEMA

**“ANÁLISIS DEL DELITO DE PECULADO SEGÚN LA
CONSTITUCIÓN Y EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL,
EN RELACIÓN AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD
PUNITIVA, EN LA FISCALÍA Y EN LOS TRIBUNALES DE
GARANTÍAS PENALES DE LA PROVINCIA DEL AZUAY”**

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA DE
LA REPÚBLICA**

AUTOR: JORGE ADRIÁN LONDA LUNA

DIRECTOR: DR. JULIO CÉSAR INGA YANZA, MGS.

CUENCA – ECUADOR

2021

DIOS, PATRIA, CULTURA Y DESARROLLO



Declaratoria de Autoría y Responsabilidad

Jorge Adrián Londa Luna portador(a) de la cédula de ciudadanía N° **0104753975**. Declaro ser el autor de la obra: **“ANÁLISIS DEL DELITO DE PECULADO SEGÚN LA CONSTITUCIÓN Y EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL EN RELACIÓN AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PUNITIVA, EN LA FISCALÍA Y EN LOS TRIBUNALES DE GARANTÍAS PENALES DE LA PROVINCIA DEL AZUAY”**, sobre la cual me hago responsable sobre las opiniones, versiones e ideas expresadas. Declaro que la misma ha sido elaborada respetando los derechos de propiedad intelectual de terceros y eximo a la Universidad Católica de Cuenca sobre cualquier reclamación que pudiera existir al respecto. Declaro finalmente que mi obra ha sido realizada cumpliendo con todos los requisitos legales, éticos y bioéticos de investigación, que la misma no incumple con la normativa nacional e internacional en el área específica de investigación, sobre la que también me responsabilizo y eximo a la Universidad Católica de Cuenca de toda reclamación al respecto.

Cuenca, **22 de noviembre de 2021**

F: 

Jorge Adrián Londa Luna

C.I. 0104753975

DEDICATORIA

El presente trabajo de investigación se lo dedico a mi esposa y compañera de vida Magaly ya que, gracias a ella, mediante sus consejos, y confianza depositada en mi un día me puse un objetivo el cual era entrar a la universidad y culminar mi carrera.

A mi hijo Thiaguito que se ha convertido en mi fortaleza y mi inspiración para llegar a ser un profesional.

A mis padres Julio y Melida, a mis hermanas Isabel, Jhanneth y Jessica que siempre me han apoyado y me han brindado sus consejos para ser un hombre de bien y gracias a ello estoy por culminar mis estudios.

Y por último es indispensable indicar que este trabajo de titulación va dedicado para todos los profesores de la UCACUE que han sabido compartir sus conocimientos con paciencia y dedicación, con lo cual hicieron posible el objetivo principal que es terminar la carrera.

AGRADECIMIENTO

En primer lugar y de una manera muy especial al Dr. Julio Inga mi tutor de tesis, ya que sin su guía y conocimiento no hubiera sido posible culminar este trabajo de investigación.

Al Dr. Juan Fernando Valarezo quien, supo compartir sus experiencias y conocimientos sin reserva alguna, durante nuestra formación académica.

A mis compañeros de clase: Franklin, Vero, Pepe, Esteban, Leo, Cristian, Tefa, con quienes compartí los mejores momentos y en ocasiones difíciles dentro del aula de clases, por todo les digo gracias queridos compañeros.

ÍNDICE

DECLARATORIA Y AUTORIA	
DEDICATORIA.....	II
AGRADECIMIENTO.....	III
ÍNDICE	IV
RESUMEN	1
PALABRAS CLAVE:.....	1
ABSTRACT	2
KEYWORDS:	2
INTRODUCCIÓN	3
CAPÍTULO I	4
EL DERECHO PENAL Y EL DELITO DE PECULADO SEGÚN LA CONSTITUCIÓN Y LA DOCTRINA.....	4
1. Historia y antecedentes del Derecho Penal	4
1.1 Antecedentes históricos del Derecho Penal	4
1.2 Evolución del Derecho Penal en el Ecuador	8
2. Fuentes del Derecho Penal	13
3. El Derecho Penal y la Constitución de la República del Ecuador	13
4. Garantías y principios rectores del proceso penal	14
5. La Administración Pública y el Derecho Penal	17
5.1 Los servidores públicos	17
5.2 Los delitos contra la eficiencia de la Administración Pública	19
5.3 Responsabilidades de los Servidores Públicos	19
6. Delito de Peculado.....	23
6.1 Definición del delito de peculado	25
6.2 Características del delito de peculado	27
6.3 Clasificación del delito de peculado	28
6.3.1 Peculado propio e impropio	28
6.3.2 Peculado por aplicación oficial diferente	29
6.3.3 Peculado por sustracción o expropiación	29
6.4 Elementos del tipo penal del peculado	30
6.4.1 Elemento objetivo y subjetivo	30

6.4.2	El bien jurídico protegido	31
6.4.3	Sujeto activo y sujeto pasivo	31
6.4.4	Tipicidad	32
6.4.5	Antijuricidad	33
6.4.6	Culpabilidad	33
6.4.7	Determinación de la pena	34
7.	Protección Constitucional en el delito de peculado	35
8.	Derecho comparado sobre el peculado entre la legislación ecuatoriana y otras legislaciones	35
8.1	Legislación Ecuatoriana	35
8.2	Legislación Española	37
8.3	Legislación Argentina	37
8.4	Legislación Chilena	38
9.	Él delito de peculado según los doctrinarios	39
9.1	El peculado según Edgardo Donna	39
9.2	El peculado según Miguel Carbonell	39
9.3	El peculado según Robert Alexy	39
CAPÍTULO II		40
EL DELITO DE PECULADO SEGÚN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL EN RELACIÓN AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD		40
1.	El Delito de Peculado en el Ecuador	40
2.	Análisis del Art. 278 del COIP	42
2.1	Los servidores públicos frente al delito de peculado	42
2.1.1	Beneficio Propio o de terceros	42
2.1.2	Apropiación de bienes públicos muebles o inmuebles y dinero 43	
2.1.3	Apropiación de piezas, títulos o documentos que estén a su cargo 44	
2.1.4	Mal manejo de fondos públicos del Sistema Financiero Nacional	44
2.1.5	Créditos fraudulentos	45
2.1.6	Incapacidad de ocupar cargos públicos	45
2.2	Intermediación financiera, por miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración	47

2.2.1	Abuso de funciones de los funcionarios, vigilancia de entidades Sistema Financiero Nacional	48
2.2.2	Disposición fraudulenta, se apropien o distraigan los fondos, bienes, dineros o efectos privados que los representen	49
2.2.3	Ejecución dolosa en operaciones que disminuyan el activo o incrementen el pasivo de la entidad	50
2.2.4	Congelamiento o la retención arbitraria de los fondos en instituciones del Sistema Financiero Nacional	51
2.3	Obtención o concesión de créditos vinculados, relacionados o Intercompañías.....	52
2.3.1	Violación de expresas disposiciones legales	53
2.3.2	Perjuicio económico de las Instituciones Financieras tanto públicas como privadas	53
2.4	Beneficiarios que intervengan en el cometimiento del delito de peculado	54
2.5	Incapacidad para ejercer un cargo público	54
3.	Principios de igualdad y seguridad jurídica en el delito de peculado	55
3.1	Principio de Igualdad desde el ámbito normativo	55
3.2	Características del Principio de Igualdad	56
3.2.1	Se constituye como un límite frente a la voluntad del legislador.....	56
3.2.2	Tiene rango constitucional	57
3.2.3	Garantiza igualdad de trato	57
3.2.4	Principio de Seguridad Jurídica	57
4.	El Principio de proporcionalidad	58
4.1	El principio de proporcionalidad en la Constitución	59
4.2	El Principio de proporcionalidad según la Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N°. 026-14-SEP-CC	59
4.3	Definición y Características del Principio de Proporcionalidad ...	60
4.4	El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Humanos	62
4.5	El Principio de Proporcionalidad en la Carta Europea de Derechos Humanos.....	62
4.6	El Principio de Proporcionalidad en cuanto al delito de peculado, según el Código Orgánico Integral Penal.	63
5.	La Punibilidad.....	66
6.	La Punibilidad del Estado	66

CAPÍTULO III	68
PROCESOS DE PECULADO TRAMITADOS EN LA FISCALÍA Y TRIBUNALES DE GARANTÍAS PENALES DEL AZUAY Y SUS EFECTOS.....	68
1. El Derecho Procesal Penal.....	68
1.1 Breve análisis jurídico sobre el Desarrollo del Proceso Penal en el Ecuador.....	68
1.2 Síntesis de las etapas del proceso penal según el Código Orgánico Integral Penal.....	69
1.2.1 La fase de la investigación previa.....	69
1.2.2 La etapa de la instrucción.....	70
1.2.3 La formulación de cargos.....	71
1.2.4 La etapa de la evaluación y preparatoria del juicio	71
1.2.5 Sobreseimiento.....	72
1.2.6 Llamamiento a juicio.....	73
1.2.7 La etapa del juicio.....	73
2. Análisis de procesos sobre el delito de Peculado en el Ecuador	74
2.1 Análisis del Proceso N° 17282 – 2019 – 03379, TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES CON SEDE EN EL CANTÓN CUENCA, ART. 278 DELITO DE PECULADO.....	74
2.1.1 Teoría del caso.....	74
2.1.2 Tipo penal acusado o aplicado.....	75
2.1.3 Estado del proceso.....	75
2.2 Análisis del Proceso N° 01610-2017-00518 TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES CON SEDE EN EL CANTÓN CUENCA, ART. 278 DELITO DE PECULADO.....	76
2.2.1 Teoría del caso.....	76
2.2.2 Tipo penal acusado o aplicado.....	77
2.2.3 Estado del proceso.....	77
2.3 Análisis del Proceso N° 01283-2016-04212 SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE AZUAY	78
2.3.1 Teoría del caso.....	78
2.3.2 Tipo penal acusado o aplicado.....	79
2.3.3 Estado del proceso.....	79
3. Comparación entre el tipo penal de peculado aplicados en cada caso	80
4. Perjuicio económico al Estado por el Delito de Peculado	81

5. Semejanzas y diferencias entre Peculado y Malversación de Fondos.....	81
6. Análisis de las pérdidas económicas sufridas por el Estado por el delito de Peculado.	82
CONCLUSIONES.....	83
RECOMENDACIONES	84
BIBLIOGRAFÍA	86
ANEXOS	92

RESUMEN

En el Ecuador, el Art. 278 del Código Orgánico Integral Penal, establece el delito de Peculado, actos ilícitos realizados por malos servidores públicos, en la actualidad se ha convertido en práctica común, lo que ha generado un gran impacto social, en ciertos casos ha trascendido las fronteras, como se puede ver que varios son los presidentes y funcionarios de alto rango que se han inmiscuido en estos ilícitos.

Una de las características principales que se ha observado en el cometimiento de este ilícito es que ha sido cometido por funcionarios públicos que ejercen el poder estatal, y en menor número por funcionarios, ejecutivos que forman parte de las instituciones del Sistema Nacional Financiero, así mismo, la proporcionalidad de la pena no está establecida, ya que da lo mismo apropiarse, disponer o distraer de forma fraudulenta 1000 dólares como 100000, ya que el tipo penal sanciona de la misma manera en ambos casos, lo mismo sucede cuando se trata de los bienes, o efectos privados que los represente.

En el desarrollo de este trabajo investigativo, se evidenciará las falencias de la pena por este tipo penal.

PALABRAS CLAVE:

PECULADO, APROPIACIÓN, PROPORCIONALIDAD, FUNCIONARIO PUBLICO, PUNICIÓN.

ABSTRACT

In Ecuador, Art. 278 of the Organic Comprehensive Criminal Code establishes the crime of embezzlement, illicit acts committed by bad public servants, has now become common practice, which has resulted in a great social impact, in certain cases has transcended borders, as can be seen, that several presidents and high-ranking officials have been involved in these offenses. One of the main characteristics that have been observed in the commission of this crime is that it has been committed by public officials who exercise state power, and in smaller numbers by officials, executives who are part of the institutions of the National Financial System, also, the proportionality of the penalty is not established, since it is the same to appropriate, dispose or distract fraudulently 1000 dollars as 100000, since the criminal type punishes in the same way in both cases, the same happens when it comes to the goods or private effects that represent them. In the development of this research work, the shortcomings of the penalty for this type of crime will be evidenced.

KEYWORDS:

EMBEZZLEMENT, APPROPRIATION, PROPORTIONALITY, PUBLIC OFFICIAL, PUNISHMENT

INTRODUCCIÓN

En esta investigación se evidencia la realidad jurídica que vive nuestro país en la actualidad, por la cantidad de actos de corrupción en contra del Estado, actos que han tomado mayor relevancia por la actuación de altos funcionarios del Estado en los actos ilícitos por la Pandemia Covid-19. Asimismo, se realiza un estudio doctrinario normativo que ha enfrentado el Ecuador dentro de los últimos años, plasmando mediante una fundamentación teórica conceptual sólida y veraz haciendo referencia al delito de peculado, el Código Orgánico Integral Penal y su vinculación directa con el delito de peculado, y los principios de proporcionalidad y seguridad jurídica.

Por otro lado, esta investigación tiene como objetivo analizar la aplicación del principio de proporcionalidad, mediante el estudio doctrinario y de sentencias; el tipo de investigación del presente trabajo es de carácter cualitativo, ya que este análisis se basa en ley, doctrina y jurisprudencia, y de esta manera se identifican los problemas implicados en la interpretación y aplicación de dicho principio. Además, se da un enfoque explicativo con la intención de precisar en qué circunstancias la aplicación de la misma vulnera los derechos y garantías del procesado.

En este sentido, el Estado tiene como el deber respetar de una manera directa y fundamental los derechos y las garantías constitucionales del debido proceso, además busca el equilibrio, por un lado la administración de justicia que el delito no quede en la impunidad y la persona que lo trasgredió sea sancionado, por otro lado, busca que por errores de la administración de justicia no se vulnere los derechos de las personas que están siendo procesadas por los ilícitos, y estos daños sean resarcidos al Estado.

La característica principal de este tipo penal que se ha evidenciado, es que la gran mayoría ha sido cometida por funcionarios públicos que ejercen el poder estatal, los cuales han tenido por obligación la recaudación, administración o el gasto de bienes públicos.

CAPÍTULO I

EL DERECHO PENAL Y EL DELITO DE PECULADO SEGÚN LA CONSTITUCIÓN Y LA DOCTRINA

1. Historia y antecedentes del Derecho Penal

El ser humano es sociable por naturaleza, necesita estar rodeado de personas para poder convivir y desarrollarse de una manera íntegra y social; pero a raíz de esta convivencia nacen diferencias y problemas entre los individuos que integran su entorno social. Siendo así, que por medio de las leyes o normas se tutelan y salvaguardan los bienes y patrimonios de la persona, valorando por encima del interés particular, el interés general, y así es como nace la norma, y de manera particular, hablando de la comisión de delitos, aparece el Derecho Penal

1.1 Antecedentes históricos del Derecho Penal

El Derecho Penal como norma que regula la comisión de delitos es muy antigua como el hombre mismo, ya que desde la aparición de este ha vivido en, la expresión que materializa la Ley del Talión es “Ojo por ojo, diente por diente” consagrada en el libro Éxodo del Antiguo Testamento. (Galindo, 2014). Cabe destacar que desde la aparición del ser humano se sintió la necesidad de castigar a quien ocasionara un daño a otro y este fuera sancionado, siendo este un enorme sentimiento natural de buscar justicia, que en sus comienzos se confundió con el de venganza.

De esta manera, el Derecho Penal en sus inicios, se vio dentro de las primeras tribus de humanos organizados, quienes impusieron prohibiciones a ciertas conductas de carácter “mágico” a través de los tabúes, cuya violación traía consigo un castigo que era de carácter colectivo para toda la tribu. Posterior a esto, aparecieron ya en los clanes las primeras normas basadas en la costumbre. Aquellas que se basaban en que la imposición de un castigo le pertenecía a la víctima del delito, a sus familiares o al clan al que la víctima pertenecía, ocasionando en algunos casos guerras entre clanes, pues los castigos que se imponían no eran proporcionales al daño

ocasionado, naciendo así lo que se conocía como “venganza privada”, llegando a imponer la muerte por delitos considerados leves.

Esto dio paso a que también se dé la posibilidad de una reparación monetaria, pues en tiempos posteriores, como en la Antigua Roma en casos en donde se cometía un ilícito, el pater (Padre de Familia) podía liberarse de entregar a su filius (Hijo) o a su esclavo a la familia de la víctima de dicho ilícito, y a cambio podría ofrecer una reparación económica. Un paso fundamental para la eliminación de lo que fue la venganza privada o la venganza a mano propia fue que se empezó a considerar la “Ley del Talión”, la cual establecía el precepto de “ojo por ojo y diente por diente”, en donde ya se establecía la conexión íntima de la gravedad con el hecho ilícito colectivo. (Torres, 2010).

En Babilonia, el Código de Hammurabi, el primer código o conjunto de leyes escritas, reconocía ya dicha “Ley de Talión”, aceptando esta proporcionalidad entre penas y la gravedad del ilícito cometido. De igual manera la Ley Hebrea, la Ley de las XII Tablas originaria del Derecho Romano, aceptan y toman esta proporcionalidad, manifestando que ya no es la víctima, el interesado o sus familias quienes imponen las penas, sino más bien ya está establecida de manera legal a través de esta proporcionalidad. En el Derecho Romano, se crearon los Órganos Judiciales, de los cuales algunos juzgaban en materia penal, pero no fue hasta el final de la época Romana (17 A.C.), que dichos órganos judiciales pasaron a ser públicos por completo, al crearse la “Lex Iulia iudiciorum publicorum”. Ley Romana que prácticamente separaba en cuatro grupos dichos órganos judiciales, dividiéndolas en clases, para conocer de delitos que demás leyes tipificaban. (Galindo, 2014)

Posterior a la época Romana, ya en la Edad Media, bajo una gran influencia de la iglesia y el Derecho Canónico, los pecados pasan a equipararse con los delitos, es decir los pecados eran vistos como acciones que necesitaban un castigo, o al menos se lo hacía en la práctica, estableciéndose por ejemplo en España, incluso penas tan graves como la muerte, el destierro,

la tortura, trabajos forzados, etc. Hay que comentar que el Derecho Canónico influyó durante un largo periodo en el Derecho Penal.

Ya en el siglo XVIII y su pensamiento "iluminista" (Pensamiento que establecía que la razón humana podía construir una mejor sociedad, sin desigualdades, y garantizando los derechos de cada ser humano) trajeron consigo nuevos modos de concebir el Derecho Penal, las leyes son las únicas capaces de imponer penas para los ilícitos que describen, siempre guardando proporción con la gravedad del mismo, aquí básicamente sus ideas más destacadas son la humanización de las penas, proponiendo entre otras medidas, por ejemplo la supresión de la tortura.

Algunas conquistas de este periodo, se podrían resumir en publicidad del proceso, presunción de inocencia del procesado, aparecimientos del conocido y primordial "nullun poena nullun crimen sine lege praevia", es decir no se puede concebir delitos ni penas sin la existencia de una ley previa que los contenga, proporcionalidad entre la pena y el daño causado, la pena deja de ser concebida como una especie de venganza y más bien se la define como una clara medida de prevención, además de ser correctiva de defensa social. Además, se propugna la igualdad ante la ley. Todo esto como se puede saber, influyendo en nuestros principios básicos del Derecho Penal actual. Posteriormente a esto vendría lo que se conoce como el Periodo Contemporáneo, o Periodo Científico, periodo en donde se dio inicio al estudio más serio y formal del delito y el delincuente, y aquí ya se conformarían verdaderas escuelas, o más bien doctrinas filosóficas para el análisis de estos importantes temas, que hasta la actualidad siguen generando debate por la trascendencia del tema que abordan, pues el Derecho Penal al igual que la humanidad no se detienen o encasillan en una época de la historia, esta sigue y se transforma. (CÁCERES, 2019)

Como se menciona anteriormente, dentro de este Periodo nacieron escuelas o doctrinas filosóficas fundamentales del Derecho Penal: la Escuela Clásica, la Escuela Positiva, Tercera Escuela, La Escuela de la Política Criminal, La Escuela Finalista, y la Escuela Científico-Social.

La Escuela Clásica recoge sistemáticamente la posición del iluminismo, en donde se plantea que un delito nace de una ley del Estado; estudios del delito y su pena, así mismo plantea la postura de que la responsabilidad penal se sustenta en la voluntad de actuar de la persona, y de esta forma la pena se basará en la necesidad que tiene nuestra sociedad para ejercer la tutela de sus derechos ciudadanos de una forma coactiva.

La Escuela Positiva nace como una doctrina contraria a la clásica, puesto que esta objeta el individualismo abstracto de ésta, frente a una necesidad de defender el cuerpo social frente a la acción de la delincuencia, y cuyo efecto plantea como principios la figura protagónica de la delincuencia y el delincuente dentro de la justicia penal. En esta escuela la concepción del delito es visto como un fenómeno natural y humano, puesto que está sustentado en factores individuales (psíquicos), físicos (ambientales) y sociales; además se maneja el pensamiento de que la responsabilidad está basada en la actividad psicofísica del delincuente; por ende, la pena es vista como una medida de defensa social, pero de carácter preventivo. (CÁCERES, 2019)

La Tercera Escuela está sustentada por principios que manejan y propugnan la autonomía del Derecho Penal, así como buscaba sustentar en base a estudios jurídicos, sociológicos y antropológicos lo que es el delito; además de estudiar la voluntad y la imputabilidad de esta, y cuáles son los motivos que la sustentan; así mismo busco estudiar el derecho a castigar sustentado en base a la defensa social. (Zambrano & Pesantes, 2005)

La Escuela de la Política Criminal, se sustentó en un método jurídico para poder indagar el contenido en si del Derecho Penal. Escuela encabezada por Franz Von Liszt que buscaba así mismo analizar los fenómenos sociales del delito, sean estos endógenos y/o exógenos; además se analizó el hecho de imponer una pena retributiva con la finalidad de proteger ciertos derechos comunes dentro de la sociedad. (CÁCERES, 2019)

La Escuela Finalista estableció básicamente que la acción es el elemento básico del delito, ubicando así dentro de la acción al dolo, entendiendo al dolo como la voluntad que se manifiesta en un resultado, desplazando así a este elemento del ámbito de la culpabilidad al de la tipicidad. La Escuela Científico-Social busca una prevención general del delito, oponiéndose al principio de culpabilidad, y de esta manera propone sustituirlo por el principio de proporcionalidad (Magallanes, 2016).

1.2 Evolución del Derecho Penal en el Ecuador

Un autor muy importante dentro de nuestro país, el Dr. Ernesto Albán Gómez estableció al referirse a la evolución e historia del Derecho Penal en Ecuador que este se dividía en principalmente tres épocas o periodos fundamentales: el aborigen, el colonial y el republicano.

El mencionado autor manifiesta que en el Periodo Aborigen no existieron fuentes documentales por las cuales se puedan determinar las normas penales, aquellas que en esta época ya regían entre los pueblos y comunidades habitantes del Ecuador. Estas normas, se menciona, eran consuetudinarias, y eran dictadas así mismo de forma verbal u oral. Antes de la invasión Inca en nuestro país, existían las tribus, aquellas organizadas en donde cada una tenía sus normas particulares, y en este periodo incario se unifican dichas normas, las cuales se puede destacar que son de carácter público y con gran influencia religiosa. Un aspecto muy importante dentro del incario es que se gradúan, por así decir, o se define una graduación de los ilícitos o infracciones dependiendo de su gravedad, predominando así las infracciones que afectan al Inca, a la religión y las que afectan al Estado siendo estos los más graves, después, estuvieron los delitos en contra de las personas, o que afectaban a estas en su forma integral, como los sexuales, y aquellos en contra de la propiedad. Cabe mencionar que, en esta época, aunque la delincuencia era escasa, el cometimiento de la mayoría de ilícitos de alta gravedad era reprimida incluso con penas de muerte, además de castigos o sanciones de carácter corporal. (Gómez, 2016)

En el Período Colonial junto con la conquista española, en nuestro país se introdujo en las colonias y tribus incas un sistema legal hispánico, sistema que venía influenciado por las ramas romanas, así como vino acompañado bajo la influencia del derecho canónico, estas leyes penales que se introdujeron a nuestro país se caracterizaban por la severidad de las sanciones, pues la más severa que se imponía, la pena de muerte y demás castigos corporales severos. Además, es importante destacar que en este período se dio la expedición de las “Leyes de Indias de 1680”. Esta normativa buscaba la defensa del “indio”, es decir buscaba tutelar los derechos de la población indígena, pero que lamentablemente no prosperó. (Galindo, 2014)

En el siguiente periodo, el Periodo Republicano, que comprendía desde el año de 1830 el Derecho Penal en nuestro país evolucionó de manera significativa, pero esto no significó la aparición automática de un sistema legal nuevo, pues desde que inició este periodo las leyes españolas siguieron rigiendo en nuestro territorio, y no fue hasta 1837 que se dictaron nuevas leyes que reemplazaron a las españolas, creándose y aprobándose en dicho año el primer código penal ecuatoriano.

Durante el Periodo Republicano, se han expedido cinco códigos penales, a continuación, destacaremos diferente y primordiales aspectos de estos: El primer código penal expedido en nuestro país en 1837, fue promulgado durante la presidencia de Vicente Rocafuerte. Código que estuvo inspirado en ideas liberales del mandatario, así como influenciado por ideas del código español de 1822, normativa que supone la legalidad de los delitos y penas, así como también la culpabilidad psicológica del delincuente, principios fundamentales de la Escuela Clásica del Derecho Penal. (Aguar, 2017) El segundo Código Penal, fue expedido en 1872, bajo la presidencia de Gabriel García Moreno durante su segunda presidencia. Código inspirado en el Código Penal de Bélgica de 1867 que a su vez estuvo inspirado en el Código francés de 1810. Este código no tuvo mayor evolución al de 1837, pues seguía fundamentado en conceptos y aspectos esenciales derivados de la Escuela Clásica.

En 1906 se promulgó el tercer Código Penal bajo la segunda presidencia del Eloy Alfaro. Este cuerpo normativo era prácticamente igual al interior, sin embargo, introdujo dos importantes reformas, estas estuvieron acordes a la orientación liberal de la época que fue imperante en nuestro país, siendo estas la supresión de la pena de muerte, y la supresión así mismo de los delitos contra la religión. (Aguiar, 2017)

Finalmente, el Código Penal de 1938 fue expedido durante la dictadura del presidente general Alberto Enríquez Gallo. Este Código mantuvo la estructura así mismo del anterior Código, sin embargo, estuvo influenciado en el Código Penal italiano de 1930, así como del argentino de 1922, bajo la idea de “toques” modernizadores. Dichas ideas modernas que se pueden mencionar serían principalmente las de la relación de causalidad, la imputabilidad y otros aspectos. Este Código estuvo vigente durante varios años, modificando e incorporando ciertas codificaciones. (Aguiar, 2017).

De la misma manera es importantísimo mencionar que en este año, 1938, se dictó el primer Código de Procedimiento Penal, que posteriormente en pretexto de errores tipográficos, se modificó, en su articulado. En 1946, se había promulgado un nuevo Código de Procedimiento Penal, que recogía reformas para el juzgamiento de funcionarios públicos que habían sido acusados de haber abusado de dinero del Estado. A partir de aquí, el Código de Procedimiento Penal sufrió varias reformas a través de la conformación de comisiones que discutían sobre dichas reformas que se daban en distintas fechas. (Magallanes, 2016).

Entre las principales modificaciones podemos mencionar las siguientes: diciembre de 1975, se tipifica el delito de terrorismo mediante una reforma al artículo 160. En agosto de 1985 se tipifica el delito de enriquecimiento ilícito, esto a través de la incorporación de tres artículos sin numerar que se agregaron después del artículo 296. Este Código promulgado en 1938, tuvo su última codificación en 1971 (Registro Oficial Número 147, con fecha 22 de enero del año en mención) siendo el cuerpo normativo que ha sufrido diversas modificaciones, siendo las principales que en aquí se contenían

ya las infracciones, dividiéndolas en delitos y contravenciones. (Magallanes, 2016)

Las normas que comprendían este código se dividían en tres libros, así:

- El Libro Primero, que fue titulado de las infracciones, de las personas responsables de las infracciones y de las penas en general, comprende:
- El Libro Segundo titulado de los delitos en particular, comprende Los Delitos contra la Seguridad del Estado.
- El Libro Tercero titulado de las contravenciones, comprende La clasificación de las contravenciones. (Código Penal, 1971)

Este Código Penal tiene estricta y marcada relación con el Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social; así mismo tiene una más profunda relación con el Código de Procedimiento Penal, se establecieron las partes de un proceso penal, siendo estas las siguientes etapas:

- La Instrucción Fiscal y la Policía Judicial como la primera etapa del proceso; Etapa Intermedia: que venía acompañada del Dictamen del Fiscal, y que convocaba a las partes a una Audiencia Preliminar en donde se dictaba un auto de sobreseimiento provisional o definitivo o un auto de llamamiento a juicio
- La tercera etapa y la más importante que era el juicio en donde se determinaba la existencia material de la infracción y la responsabilidad del acusado, todo esto conforme a derecho, que terminaba con la sentencia impuesta por un Tribunal Penal
- y finalmente se encontraba la etapa de impugnación que le correspondía a las partes, esto a través de diversos y determinados recursos. (Código de Procedimiento Penal, 2000).

Así mismo El Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social fue publicado en el Registro Oficial Número 282 con fecha de 9 de julio de 1982, este código buscaba regular la ejecución de las penas privativas de la libertad; además de que estableció ya las normas a seguir dentro de los Centros de Rehabilitación Social, así mismo reguló lo que es la rehabilitación de los internos, para que así mantengan sus sentencias firmes y ejecutoriadas, o no, además estableció como sería la conformación

de Organismos Directivos, aquellos que dirigen la política de rehabilitación social del país, sus funciones, su normativa más clara, siendo este principalmente: El Consejo Nacional de Rehabilitación Social (CNRS).

Después de estos cuerpos normativos antes mencionados, el Código de Procedimiento Penal, y el de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, se da paso a una nueva etapa dentro del Derecho Penal, puesto que a partir de la presentación de un Anteproyecto de un Código de Garantías Penales del Ecuador, alrededor del 2010, realizado por Raúl Zaffaroni basado en el neoconstitucionalismo latinoamericano, es decir tomando como base los ideales pro homine, partiendo del reconocimiento que se da a los derechos de la naturaleza, el reconocimiento de la plurinacionalidad, el derecho a la resistencia, los derechos naturales que tienen las personas y comunidades y que más se apeguen a su favor. Entonces todo este anteproyecto planteó nuevos parámetros para diseñar y crear un Código de Garantías Penales, pero que responda a lo que es el poder punitivo y a la maximización de las garantías personales. (Zaffaroni, Santamaría, & Alcívar, 2009)

Por lo que, en base a todas estas consideraciones, aportes expuestos y debates, se dio finalmente la implementación del Código Orgánico Integral Penal, implementación e importancia que van de la mano con el hecho de haberse aprobado la Constitución, que fue elaborada en Montecristi en el año 2008 por la Asamblea Constituyente.

Gracias a este mandato constitucional, que fue indispensable para la emisión de un nuevo cuerpo normativo, en donde se integran los tres cuerpos y ordenamientos del sistema penal ecuatoriano anterior, es decir, el Código Penal de 1938, el Código de Ejecución de Penas de 1982, y el Código de Procedimiento Penal del 2000. (Cornejo, 2017) De esta manera el Código Orgánico Integral Penal buscaba adecuarse al siglo XXI, unificando y adecuando los tres cuerpos normativos antes mencionados en uno solo.

El proyecto inicial fue presentado ante la Asamblea Nacional el 14 de diciembre de 2013, fue presentado por la Comisión de Justicia y Estructura del Estado, y el 10 de febrero de 2014 fue publicado en el Registro Oficial Numero 180, se puede mencionar que el COIP, como se lo conoce por sus siglas, busco incorporar en un solo cuerpo legal, delitos dispersos que existían en varias leyes especiales, como lo eran los delitos aduaneros, tributarios, de lavado de activos, los relacionados con drogas, etc. Así mismo el COIP busco humanizar la ejecución penal, y fortalecer la oralidad en todas las etapas del Proceso. (COIP, 2014).

El Código Orgánico Integral Penal es la normativa penal que se encuentra vigente actualmente, siendo el 17 de febrero de 2021 la última fecha en la que se hicieron reformas a este cuerpo normativo, estas reformas legales, impulsadas por el presidente Lenin Moreno, contienen 25 artículos, de las cuales ocho de las reformas crean nuevos contenidos, y, por otro lado, diecisiete, modifican el texto

2. Fuentes del Derecho Penal

El Derecho Penal por las cualidades que tiene, es de carácter estrictamente legalista, su fuente inmediata, única y exclusiva es la ley; ni la costumbre, ni la jurisprudencia, ni la doctrina pueden ser consideradas fuentes del Derecho Penal, porque en esta disciplina científica existe un principio esencial y básico que se llama tipicidad. Principio cuyo origen legislativo se encuentra en el digesto, que en Inglaterra recoge la Constitución. (PUIG, 2003).

El legalismo del Derecho Penal centra su justificación en el hecho de tener la misión de sancionar o castigar, la función más delicada de la justicia, como que ella compromete los derechos fundamentales de la personalidad: honor, libertad, y la vida de las personas (Zambrano & Pesantes, 2005)

3. El Derecho Penal y la Constitución de la República del Ecuador

El Ecuador a raíz del referéndum del 2008, pasó de ser una Estado social de derechos a un Estado constitucional de Derechos y Justicia Social y la

organización política del Estado está establecida y regulada en la Carta Magna, siendo así, es la norma suprema que marca la orientación del Derecho Penal y siempre prevaleciendo los derechos fundamentales; que varía de acuerdo con los cambios que dicha norma ha experimentado, en el Ecuador, desde esta nueva normativa se tuvo que crear el Código Orgánico Integral Penal (COIP); y es lógico que así sea, ya que, teniendo el Derecho Penal como finalidad introducir restricciones en la libertad de los ciudadanos, la determinación de las acciones que la ley penal debe sancionar depende mucho más de la estructura constitucional del país que de los progresos de la moral social. (Magallanes, 2016).

El Derecho Penal debe ser de mínima intervención, siendo la última ratio, castigar con sanción penal; en los sistemas penales debe primar el principio de inocencia antes que el de culpabilidad como lo dispone los Arts. 76 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador (Asamblea Nacional, 2008), y en el artículo 5 numeral 4 del COIP en este sentido, es un deber de los órganos legislativos constitucionalizar las leyes de menor jerarquía. Los antiguos delitos de herejía, blasfemia, sacrilegio y ateísmo desaparecieron de las leyes penales cuando se reconoció la libertad de conciencia. (Zambrano & Pesantes, 2005).

4. Garantías y principios rectores del proceso penal

En el Ecuador, las garantías y los principios rectores del debido proceso penal están establecidos en el Art. 76 de la Constitución de la República (2008), expresa que:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.
2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.
3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como

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

4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.

5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.

6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.

e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.

f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.

g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.

h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

- i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.
- j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.
- k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.
- l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.
- m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p. 34).

Siendo el debido proceso el conjunto de derechos y garantías constitucionales y legales que garantizan o tutelan al procesado dentro de una acción penal, para defenderse y evitar que los operadores de justicia se extralimiten en la aplicación del Derecho Procesal Penal. (Benalcázar, 2017). Las normas procesales consagrarán los principios de celeridad, simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación y economía procesal y harán efectivas las garantías del debido proceso (COIP, 2014).

En armonía con lo manifestado y considerando lo dispuesto por la norma suprema antes manifestada, el Derecho Procesal Penal, que es el que establece y garantiza los procedimientos que deben seguirse para la aplicación del derecho sustantivo penal, ya que éste debe regirse estrictamente a los principios procesales establecidos en la Constitución, teniendo como propósito esencial garantizar a cada uno de los derechos de los sujetos procesales, para poder alcanzar una administración de justicia plena, creíble, transparente y rápida.

5. La Administración Pública y el Derecho Penal

La administración pública abarca a todos los organismos y dependencias del Estado, tales como los de las funciones: Ejecutiva, Legislativa, Judicial, de Transparencia y Control Social y Función Electoral, también los Gobiernos Autónomos Descentralizados (Nájera, 2020). Asimismo, nuestra Carta Magna en su Art. 225 numeral 3 manifiesta que constituyen entidades públicas: “Los organismos, y entidades creadas por la Constitución y la ley para el ejercicio de una potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado”, también forman parte de las entidades estatales, las universidades y escuelas politécnicas públicas, entre otras. (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Cabe destacar, que los organismos y dependencias del Estado como personas jurídicas de derecho público, pueden ser las perjudicadas por aquellos delitos o infracciones penales cometidos por los servidores públicos a cargo de administrar estas dependencias del Estado, es decir cuando los servidores se apartan de sus obligaciones o incurren en las prohibiciones establecidas en la Ley Orgánica de Servicio Público (LOSEP) y demás leyes administrativas que regulan el desarrollo del trabajo en los entes públicos, siendo el Derecho Penal encargado de sancionar dichos actos de mala administración (Domínguez, 2020).

5.1 Los servidores públicos

El tratadista Aurelio García (1979) en su obra “Ciencia del Estado”, define al empleado público como:

“El que tiene la obligación de prestar su mano de obra al Estado, mediante una retribución con cargo al presupuesto, haciendo del servicio su profesión, dedicando a ella permanentemente su actividad física e intelectual para obtener los medios de subsistencia económica” (García, 1979)

Es importante resaltar que en la actualidad el servidor público, es la persona que está vinculado en la Administración Pública de una manera permanente, percibiendo un salario fijo, amparado por la normativa jurídica-

legal, con los derechos y las obligaciones a que se encuentran sujetos, tales como la carrera administrativa, las indemnizaciones por supresión de puestos, separación voluntaria, por jubilación, entre otros.

Para Rafael Bielsa (1980), en su obra “Derecho administrativo”, expresa lo siguiente sobre los servidores públicos:

“Es el que, en virtud de designación especial y legal (sea por Decreto Ejecutivo, sea por elección) y de manera continua bajo formas y condiciones determinadas en una delimitada esfera de competencia, constituye o concurre a “constituir” y a “expresar o ejecutar” la voluntad del Estado, cuando esa voluntad se dirige a la realización de un fin público, ya sea actividad jurídica o actividad social” (Bielsa, 1980).

Según el concepto del Dr. Bielsa, encontramos un conjunto de características de diferente índole, así tenemos: los funcionarios que son nombrados mediante Decreto Ejecutivo, que son aquellos considerados de mayor jerarquía, de libre nombramiento y remoción por parte del Gobierno Central, como son los Ministros de Estado, los Cancilleres o Embajadores o los representantes del Ejecutivo ante los diferentes organismos del sector público; así como los de elección que sin ser nombrados directamente por el Presidente de la República, éste envía una terna al denominado Quinto Poder (Régimen de Transición y Control Social), a fin de que procedan a la designación de las primeras Autoridades de los Organismos de Control, como son los de la Contraloría General del Estado, Los Superintendentes de Bancos y de Compañías, los Gerentes de las Entidades Bancarias, entre otros. (Bielsa, 1980).

Cabe destacar que, tanto la jurisprudencia, legislación y la doctrina, diferencian al funcionario del empleado público, en base a sus estudios o su especialidad ya que realiza trabajos de índole profesional o intelectual, tenemos en este grupo a las autoridades y los funcionarios que se encuentran a cargo de las entidades del Estado; en tanto a los segundos, se los considera aquellos que realizan las actividades de tipo manual o material, en este grupo se encuentran los conserjes, los chóferes, todos aquellos que realizan actividades que no requieran título profesional. Pero

una clara diferencia entre funcionario público y empleado público, el primero está regulado o normado por leyes de índole administrativo (LOSEP) y los empleados públicos se encuentran bajo el régimen de normativa laboral, es decir del Código del Trabajo (Paredes, 2007).

5.2 Los delitos contra la eficiencia de la Administración Pública

Los delitos contra la administración pública en la actualidad se han convertido en un tema de interés y análisis para las entidades de control estatal y social, a fin de transparentar la eficiencia en la administración de los recursos públicos. En el Ecuador la entidad de control es Contraloría General del Estado, quien mediante exámenes de auditoría evalúa la gestión financiera pública, y, por otra parte, la Fiscalía General del Estado es quien investiga y procesa judicialmente los delitos determinados por el ente de control (Jara, 2018).

En el Código Orgánico Integral Penal (2018), en su Capítulo Quinto, Delitos Contra La Responsabilidad Ciudadana, Sección Tercera, Delitos contra la eficiencia de la administración pública, establece cuatro delitos, ya que es necesario tener conocimiento sobre los mismos debido a que sobre estos delitos nuestra legislación acepta el juzgamiento en ausencia del imputado, tanto en la Constitución como en la ley de la materia. La Constitución de la República (2008) como Ley suprema en el Artículo 233 párrafo dos expresa: “El delito de Peculado junto con el Cohecho, Concusión y Enriquecimiento ilícito son imprescriptibles y los juicios se harán aún en ausencia de los procesados”.

5.3 Responsabilidades de los Servidores Públicos

El Dr. Manuel María Diez (1985), en su obra “Manual de Derecho Administrativo”, analiza desde el punto de vista del interés público, la responsabilidad, expresando que:

“...significa observar y cumplir exactamente con la letra de la Constitución, las leyes y los reglamentos y obrar con rectitud, honestidad y suma diligencia dentro de las funciones

encomendadas para garantizar un buen servicio a la colectividad” (Diez, 1985).

En armonía con lo manifestado por el Dr. Diez, el Reglamento a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (2003) en su Art 56 expresa que:

a. Para las sanciones de destitución o de multa o de ambas a la vez será notificado el empleado sobre la o las desviaciones detectadas; habrá el plazo improrrogable de hasta 30 días, para que ejerza su defensa; la Contraloría establecerá su resolución dentro del plazo de 60 días y el auditado podrá acudir al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, dentro del término de 30 días contados desde el día siguiente al de la notificación con la resolución que hubiere desechado la impugnación y confirmado la sanción de destitución o de multa o de ambas a la vez, conforme lo previsto en el artículo 49 que concuerda, en cuanto a la ejecutoria de las resoluciones, con el artículo 58 y con el inciso tercero del artículo 63 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado;

b. La responsabilidad civil culposa una vez notificada tendrá el plazo de 60 días para impugnar la glosa; la Contraloría General expedirá la resolución dentro del plazo de 180 días, conforme lo dispuesto en los artículos 53, numeral 1 y 56 de la Ley de la Contraloría General; se podrá proponer el recurso de revisión dentro del plazo de 60 días; la Contraloría General en el plazo de 30 días resolverá el otorgamiento o negativa del recurso, y en el supuesto de ser calificado favorablemente dicho recurso y con base a los fundamentos y pruebas que se presenten, la Contraloría General dictará su fallo dentro del plazo de 60 días confirmando o revocando la resolución original, objeto del recurso. También habrá derecho a la acción contencioso administrativa, dentro del término de 60 días de haberse fallado dicho recurso de revisión y por tanto, una vez agotada totalmente la fase administrativa, conforme lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

El recurso de revisión no constituye requisito previo para impugnar la resolución de la Contraloría que haya confirmado total o parcialmente la glosa; c. En el caso de órdenes de reintegro, y conforme lo dispuesto en el artículo 53, numeral 2 de la Ley de la Contraloría y una vez notificada la orden de reintegro al implicado, éste tendrá el plazo improrrogable de 90

días para cumplir con la orden de reintegro o para pedir la reconsideración de dicha orden de reintegro.

d. Los indicios de responsabilidad penal se tramitarán conforme lo dispuesto en los artículos 65 al 68 y artículo 73 de la Ley de la Contraloría. Para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios dispuestos por los tribunales o jueces de lo Penal, la Contraloría General del Estado requerirá a las judicaturas competentes que remitan copia certificada de las sentencias y liquidaciones respectivas y vigilará que tales pronunciamientos se ejecuten de manera efectiva (Reglamento a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2003).

Para una mejor comprensión sobre las responsabilidades de los servidores públicos, hay realizar un análisis de las tres principales responsabilidades de los servidores públicos dentro del servicio público, las que se encuentran clasificadas de la siguiente manera: Responsabilidades Administrativa, Civil y Penal

- Responsabilidad administrativa. - El Dr. Hernán Jaramillo Ordóñez (1999), en su obra “La Actividad Jurídica de la Administración”, analiza a la responsabilidad administrativa manifestando que: “se le impondrá una sanción al servidor, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que pueda originar de su actuación”. La responsabilidad administrativa, es sancionada por la inobservancia e incumplimientos de reglamentos, estatutos, ordenanzas, acuerdos, resoluciones por los servidores públicos; que tutela la vida jurídica de la Institución donde prestan sus servicios, básicamente por el incumplimiento de los deberes y atribuciones que comete el servidor público en razón de sus funciones, previstas en la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, de Unificación, de Homologación de Remuneraciones de los Servidores Públicos y de su Reglamento (CÁCERES, 2019).
- Responsabilidad Civil. - Este tipo de responsabilidad nace estrictamente de la conducta del servidor público que está a cargo de los fondos públicos de la entidad donde presta los servicios, malversando los fondos públicos al realizar el enriquecimiento ilícito en beneficio propio o de terceros, haciendo un perjuicio económico

al Estado, daños y perjuicios a terceros, esta última modalidad da lugar, a su vez, a la responsabilidad civil solidaria o subsidiaria del Estado.

El Art. 52 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (2017), determina que la responsabilidad civil culposa, nace de una acción u omisión culposa, aunque no intencional de un servidor público o de un tercero, autor o beneficiario, de un acto administrativo emitido, sin tomar aquellas cautelas, precautelas o precauciones necesarias para evitar resultados perjudiciales directos o indirectos a los bienes y recursos públicos.

- Responsabilidad Penal. – Este tipo de responsabilidad es considerada como la transgresión de la ley por parte de los, funcionarios, autoridades y empleados dando origen a la responsabilidad penal. Incurren en responsabilidad penal los funcionarios que en ejercicio de su cargo realizan actos u omisiones que constituyen delito previsto y penado por la normativa penal, ya sea por acción o por omisión; la intervención del dolo o culpa; y, la previsión del delito, de la pena por de las leyes correspondientes. (Paredes, 2007).

Así mismo, el Art. 233 de la Constitución de la República (2008), expresa que:

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 administrativas, 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. (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

En síntesis, si se encuentra una responsabilidad penal por parte de Contraloría, respecto de los delitos contra la administración pública y otros que afecten a los intereses del Estado, estos resultados se presentarán a la Fiscalía General del Estado para que inicie la acción penal correspondiente, de conformidad con lo que dispone el artículo 65 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (2017).

6. Delito de Peculado

Desde la última reforma constitucional del 2008, ha existido una gran discusión sobre el alcance, contenido y vigencia de la ley frente al tipo penal del Peculado, el debate producido es sobre a la prescripción de la acción y de la pena, es importante realizar un breve análisis histórico sobre el peculado con finalidad de clarificar definitivamente esta discusión.

El tratadista Manuel Marcos (2004) expresa que, para encontrar el sentido original de una institución jurídica, es necesario acudir al significado etimológico de las palabras que la componen.

“Los antiguos etimologistas latinos mostraron una absoluta unanimidad a la hora de explicar el término pecunia, ‘dinero’, como vocablo estrechamente emparentado con pecu (‘ganado, en particular ‘ganado menor’), pecus - oris (‘ganado, rebaño, manada’) y pecus-udis (‘res, cabeza de ganado, carnero, oveja’). Así lo manifiesta Varrón cuando afirma que "pecuniosus (adinerado) proviene de pecunia magna (dinero abundante)", y que "pecunia (dinero) deriva de pecus (ganado), pues el origen de estos vocablos se remonta a los pastores”. (Marcos, 2004).

Si bien es cierto que el peculado tiene un amplio desarrollo en el Derecho Romano como figura para castigar el enriquecimiento injustificado, pero esta noción de Peculado es más antigua. El delito de peculado fue conocido y tipificado desde la Antigüedad, “El Código de Manú castigaba a quién sustraía el tesoro público” (Cueva, 2006).

El Código de Hammurabi creado y divulgado alrededor de 1760 A.C., su ley sexta nos dice que: “Si uno robó el tesoro del Dios o del palacio, recibirá la muerte y el que hubiere recibido el objeto robado merecerá la muerte”. Si bien no se habla de una persona que ejerza las funciones de administrador público, pero se puede apreciar un antecedente claro de la noción de Estado y el castigo cruel que tenía que pagar por hurtar los bienes a este, que por ese entonces estaba estrechamente vinculado con los dioses de la época. (Ochoa, 2017).

El desarrollo actual de los ordenamientos jurídicos nace o se basan en el antiguo Derecho Romano, “La ley de las doce tablas ordenó los delitos en cuatro categorías: perduellio, parricidium, furtum e iniuriarum (p. 54), para el objeto de estudio, la categoría del furtum (apropiación injusta), es lo que se centra este trabajo de investigación. El tratadista Arturo Solarte (2004), en su obra “Los actos ilícitos en el derecho romano”, manifiesta lo siguiente sobre furtum:

Furtum en el Derecho Romano consistía en la apropiación injusta de cosas muebles ajenas contra la voluntad de su propietario. Aunque en el derecho antiguo el delito se concretaba cuando la cosa se sacaba o removía del lugar en donde se encontraba originalmente (amotio rei), para la época clásica y posclásica el concepto se amplió y llegó a comprender eventos tan diversos como la sustracción misma, la retención contra la voluntad, el ocultamiento de la cosa o el encubrimiento de su autor, e, incluso, el uso indebido de las cosas que se tuvieran bajo custodia, conductas todas éstas que fueron englobadas bajo el concepto de contrectatio rei. (Solarte, 2004).

Con base en lo que manifiesta la doctrina y desde la llegada del Derecho Cesáreo, se puede decir que el furtum iba más allá del Hurto, el criterio de que la traición a la confianza y de la facilidad de delinquir de tenía quien estaba a cargo de la custodia de los bienes del Estado fue tomando forma. De este término, con la unión de la noción de los bienes públicos y del término Peculado se deriva el término Furtum Pecuniae Publicae, que se podría entender como el hurto del peculio público. (Solarte, 2004).

Como conclusión se puede manifestar que la figura del Peculado, existe desde hace mucho tiempo atrás, ya que las personas han sentido esa necesidad de sancionar a quienes malversan los fondos públicos valiéndose de sus cargos o posiciones, es decir que utilizan dichos fondos públicos a beneficio propio, enriqueciéndose de manera fraudulenta, es algo común que en la historia de todos los ordenamientos jurídicos del mundo tratan de precautelar el uso de los fondos de uso común para poder obtener el desarrollo de los distintos pueblos.

6.1 Definición del delito de peculado

Para el Dr. Gustavo Flores Uzcátegui (2016), en su obra “Manual de Práctica Procesal en los juicios de Peculado” da un concepto sobre el peculado manifestando lo siguiente:

“Peculado es 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 cargo o de servicio.”
(Flores, 2016)

Dentro de la conceptualización de cualquier delito, se debe incluir de manera obligatoria todos los elementos que conforman el tipo penal, y en el caso del delito de peculado no puede ser la excepción. El Dr. Carlos Creus (1998), expresa que el *“delito de peculado lo comete aquel funcionario público que sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo”*.

De la misma manera el tratadista Erleans de Jesús Peña Ossa (1986), en su obra “Estudio del Peculado” afirma 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 devolverlas, las cosas de que se apropia”*.

Acorde como manifiesta la doctrina, el delito de peculado se encuentra tipificado en el Art. 278 del Código Orgánico Integral Penal en la sección

tercera hace referencia a los Delitos contra la Eficiencia de la Administración Pública, en los siguientes términos:

Art. 278.- Peculado.- Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, en beneficio propio o de terceros; abusen, 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 diez a trece años. Si los sujetos descritos en el primer inciso utilizan, en beneficio propio o de terceras personas, trabajadores remunerados por el Estado o por las entidades del sector público o bienes del sector público, cuando esto signifique lucro o incremento patrimonial, serán sancionados con pena privativa de libertad de cinco a siete años. 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, reservados o de circulación restringida, que estén o hayan estado en su conocimiento o bajo su dependencia en razón o con ocasión del cargo que ejercen o han ejercido. Son responsables de peculado las o los funcionarios o servidores públicos, las o los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del Sistema Financiero Nacional que realicen actividades de intermediación financiera, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración y vigilancia de estas entidades, que con abuso de las funciones propias de su cargo: a) dispongan fraudulentamente, se apropien o distraigan los fondos, bienes, dineros o efectos privados que los representen; b) hubiesen ejecutado dolosamente operaciones que disminuyan el activo o incrementen el pasivo de la entidad; o, c) dispongan de cualquier manera el congelamiento o la retención arbitraria o generalizada de los fondos o depósitos en las instituciones del Sistema Financiero Nacional, causando directamente un perjuicio económico a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, fondos o dinero. En todos estos casos serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años. Si los sujetos descritos en el inciso precedente causan la quiebra fraudulenta de entidades del Sistema Financiero

Nacional, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años. La persona que obtenga o conceda créditos vinculados, relacionados o intercompañías, violando expresas disposiciones legales respecto de esta clase de operaciones, en perjuicio de la Institución Financiera, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años. La misma pena se aplicará a los beneficiarios que intervengan en el cometimiento de este ilícito y a la persona que preste su nombre para beneficio propio o de un tercero, aunque no posea las calidades previstas en el inciso anterior. (Código Orgánico Integral Penal, 2020).

El artículo 278 del COIP, manifiesta en primer lugar que la pena se aplique contra cualquier delito que atente contra los bienes del Ecuador se aplicará una pena privativa de libertad de 10 a 13 años, de 5 a 7 años y, de 7 a 10 años, según sea el nivel de afectación del Estado ecuatoriano, además a este correctivo, se suma la incapacidad de por vida para el desempeño de cargo público; en ninguna parte hace mención sobre la devolución, incautación de los bienes sustraídos, aprovechados y lucrados de los recursos de propiedad del Estado, como también el pago de un rubro económico, a concepto de reparar los perjuicios ocasionados a los bienes jurídicos del país.

6.2 Características del delito de peculado

Si bien es cierto la norma jurídica no ha dado una explicación correcta sobre las características del peculado, pero la doctrina si lo ha hecho, el Dr. Erleans de Jesús Peña Ossa en su obra “Estudio del Peculado”, anota las características más importantes del delito de peculado:

- a) Forma parte del catálogo de los delitos contra la eficiente administración pública, al igual que el cohecho, la concusión, el enriquecimiento ilícito, entre otros delitos.
- b) En este delito la víctima es el Estado, es decir un organismo o dependencia estatal cualquiera que fuera su naturaleza.
- c) En el delito de peculado, siempre podrá ser iniciado únicamente en contra de un servidor o funcionario público; es decir en ningún caso podrá iniciarse en contra de una persona particular, con excepción si la misma estuvo a cargo del uso y manejo de fondos públicos, como por ejemplo en las empresas

mixtas, en donde parte es del Estado y la otra parte es de una persona jurídica de derecho privado. (Peña, 1986)

6.3 Clasificación del delito de peculado

Como se ha venido realizando el análisis del delito de Peculado, se puede definir como la apropiación de fondos pertenecientes a la administración pública, realizada por los funcionarios públicos que estén a cargo de los fondos del Estado, diversificado sus formas o maneras de tipificación, por lo que se analizará la clasificación que ha dado la ley y la doctrina así tenemos:

6.3.1 Peculado propio e impropio

El tratadista Francesco Carrara, (1956), en su obra “Programa de Derecho Criminal”, distingue entre peculado propio e impropio de la siguiente manera:

“...es la apropiación de cosa pública cometida por una persona investida de un oficio público, a la cual en razón de él le había sido entregada la cosa apropiada, con la obligación de conservarla y restituirla; mientras que el segundo o sea al peculado impropio, indica que es un delito contra la propiedad, como por ejemplo el hurto de cosa pública, cometido por persona extraña a su administración”, (Carrara, 1956).

El peculado propio se describe como la figura delictiva, que tiene como elementos típicos que el sujeto activo sea un funcionario público, entendiéndose como tal aquel que realiza la función pública, se trata de un delito especial propio. (Paredes, 2007)

En el Peculado Impropio, los verbos rectores son apropiarse y utilizar, existe apropiación cuando el sujeto activo realiza actos de disposición personal de caudales o efectos de propiedad del Estado y que el agente posee en razón de su cargo para su correcta y diligente administración o custodia. (Paredes, 2007).

6.3.2 Peculado por aplicación oficial diferente

Para poder entender que es el Peculado por aplicación oficial diferente analizaremos diferentes conceptos entregados por la doctrina.

El Dr. Gustavo Balmaceda Hoyos (2014), en su obra “La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco en el derecho penal chileno”, destaca lo siguiente:

“...la indebida aplicación de un funcionario público que da a los caudales que administra, interviniéndoles en objetos de utilidad común, no solo no hay el dolo criminal que lo mueve cuando se apropia de ello, sino que indudablemente en el primer caso, cree él hacer una obra meritoria y el perjuicio solo es posible, si existe por igual, para la opinión en general, que no ve en ello la obra de un delincuente” (Balmaceda, 2014).

Expresa Soler, citado por el Dr. Pedro Pacheco Osorio (1977) en su obra “Derecho Penal Especial” diciendo que;

“el funcionario que posea cierta facultad dispositiva sobre los fondos, es decir que basta que tenga el cuidado de los recursos públicos o efectos, aun con el encargo preciso de no disponer de ello en forma alguna podrían encontrarse inmersos en esta clase de delitos”. (Pacheco, 1977).

Ahora bien, el argumento presentado no basta para quitarle al hecho el carácter delictuoso, lo que se protege con su incriminación no son los fondos públicos, sino la administración pública, con el riesgo de que se convierta en el caos la administración de los recursos públicos. Hay que tener presente que el sujeto activo del delito, es únicamente el funcionario público, tiene bajo su responsabilidad los fondos o recursos públicos a él encomendados. (Nájera, 2020).

6.3.3 Peculado por sustracción o expropiación

El doctrinario Pedro Pacheco Osorio (1977), expresa que:

“...el funcionario público que por cualquier forma haga uso indebido de los fondos, caudales, u otros objetos que por razón de sus funciones esté encargado de recaudar o administrar,

incurrirá en el delito de peculado, será sancionado de conformidad con la ley, así como la pérdida de derechos y funciones públicas, por un determinado tiempo, siempre que tales sumas o efectos se reintegren antes de que se inicie la investigación criminal correspondiente”, (Pacheco, 1977).

En esta forma de peculado el sujeto activo es estrictamente el funcionario público, que razón de sus funciones está encargado de recaudar o administrar los caudales u otros objetos pertenecientes al Estado, el verbo rector recaudar es utilizado para cobrar o percibir los fondos fiscales y el servidor público los administre, como si sucede en otros casos simplemente tiene la función de recibirlos y entregarlos enseguida a otro que puede ser en este caso responsable del delito. Por ello, el verbo administrar, está indicando que no siempre es necesario que el culpable disponga de autonomía para la tenencia o administración de los bienes.

6.4 Elementos del tipo penal del peculado

En el Ecuador, el auge de los delitos económicos ha tenido un impacto de una manera desmesurada, siendo el delito de Peculado uno de los principales que se han cometido, a continuación, se explicará cada uno de los elementos que componen el tipo penal.

6.4.1 Elemento objetivo y subjetivo

- Elemento Objetivo. – Es la conducta exterior realizada de un individuo y se manifiesta a raíz del verbo rector: robar, hurtar, sustraer u ocultar. En el caso de peculado este proceder es causado por un sujeto activo en contra de un bien jurídico protegido, el sujeto activo por lo general es un servidor público, el sujeto pasó por lo general es la administración estatal y el bien tutelado que es víctima de la infracción es el patrimonio del Estado. (Zaffaroni, Santamaría, & Alcívar, 2009)

En el delito de peculado, el elemento objetivo o esencial en el delito de peculado no radica en la sustracción, distracción, malversación o cambio de vínculo de los bienes públicos, sino ante todo y, sobre todo, en faltar a

la fidelidad que todo servidor público tiene para con los bienes que están a su cargo y responsabilidad.

6.4.2 El bien jurídico protegido

En el Ecuador los delitos económicos han crecido de una manera desmesurada, siendo el peculado la forma más común de delito, en este caso el bien jurídico protegido por el derecho, comprenden todos bienes tanto materiales como inmateriales que se encuentran protegidos a través de una normativa en la cual exista una sanción penal debidamente tipifica. En nuestra normativa observamos claramente que el Código Orgánico Integral Penal (2020), en lo referente al delito de peculado, no solo tipifica el abuso de dineros públicos y privados de servidores públicos o personas que prestan un servicio público, además señala como delito de peculado, la apropiación de bienes que en virtud de su cargo están en custodia de un funcionario (Flores, 2016).

6.4.3 Sujeto activo y sujeto pasivo

En nuestro país, el sujeto activo en el delito de peculado son las o los funcionarios públicos y las personas que actúen en virtud de administrar los fondos o bienes en alguna institución del Estado”, “las o los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del Sistema Financiero Nacional o entidades de economía popular y solidaria que realicen actividades de intermediación financiera, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades (Código Orgánico Integral Penal, 2020).

Así mismo, el sujeto pasivo es la persona quien sufre la ejecución de delito de peculado, es decir, la víctima del delito; en el caso de perjuicio del Estado somos todos los ecuatorianos, ya que por estas conductas delictuosas se pierde la confianza en los sistemas estatales de control de la Administración Pública su accionar a través de sus funcionarios (Hidalgo, 2016). Además, en el caso de peculado por extensión son sujetos pasivos los accionistas, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, fondos o dineros de las instituciones financieras o por malversación de sus

fondos por administradores, así como las mismas Instituciones Financieras (Ordoñez, 2016)

6.4.4 Tipicidad

La doctrina penalista de la acción típica correspondiente al delito de peculado es la sustracción de los bienes o fondos de la Administración Pública o, en este sentido el jurista argentino Carlos Creus (1998) en su obra “Derecho Penal Parte General II”, ratifica esta premisa al afirmar que:

La acción reprimida es la de la sustraer, lo cual significa extraer o quitar los bienes de la tenencia en la esfera administrativa en que ellos han sido colocado por las leyes, reglamentos u órdenes legítimas. No se trata indispensablemente de un apoderamiento o de una apropiación, puesto que no es necesario que el agente actúe con el ánimo de hacer penetrar el bien en su propia esfera de tenencia o en la de un tercero; sustrae el que quita el bien de la esfera de tenencia administrativa, aunque sólo lo haya hecho con la exclusiva voluntad de apartarlo o separarlo de ella. (Creus, 1998).

Como manifiesta la doctrina, se puede interpretar que no es muy relevante el uso que se otorgue al resultado de la infracción ya que no hace falta que se dé la apropiación o apoderamiento por parte del infractor; ya que solo basta la utilización de los bienes estatales para otros fines de la Administración Pública, en beneficio de algún particular, así mismo; no solo es el incremento patrimonial del infractor o terceros, sino que el peculado se desarrolla en la extinción de deudas.

La tipicidad, para delimitar el acto y atribuir la responsabilidad opera a través de elementos descriptivos, normativos y subjetivos (Andrade, 2015). El delito de peculado es complejo, porque contiene elementos que hacen referencia al sujeto activo del delito; por los bienes jurídicos que protege, expresamente a determinados sujetos pasivos; a determinados objetos materiales que en este caso son bienes muebles o inmuebles. La característica principal que tienen los preceptos o hipótesis abstracta y la sanción, en ese sentido puedo manifestar que la tipicidad es la adecuación de la conducta del individuo con la hipótesis descrita por la ley.

6.4.5 Antijuricidad

La doctrina y la teoría clásica del delito manifiesta que la antijuricidad es la conducta contraria al orden jurídico, entendida como los daños causados a bienes jurídicos protegidos. En el delito de peculado el bien jurídico protegido son los bienes y fondos estatales administrados por funcionarios públicos. En este sentido, la antijuricidad siendo contraria a derecho, el hecho de verificar que la conducta típica realizada no está amparada por la normativa, lo cual hace consistir el estudio de las autorizaciones que da el ordenamiento jurídico, estas son las causales de justificación o justificantes. (Andrade, 2015).

El Dr. Francisco Conde Muñoz (2010) en su obra “Derecho penal. Parte general”, manifiesta que la antijuricidad puede ser:

- Formal. - Contradicción entre una acción y el ordenamiento jurídico.
- Material. - Contradicción entre una acción y el ordenamiento jurídico, que tiene un contenido material, reflejado en la ofensa del bien jurídico protegido.

De una manera concreta, la esencia de la antijuricidad es la ofensa a un bien jurídico protegido por la norma que se infringe con la realización de la acción.

6.4.6 Culpabilidad

El tratadista Guillermo Cabanellas (2011) en su diccionario jurídico define a la culpabilidad de la siguiente manera

Es la reprochabilidad personal de la acción u omisión antijurídica, en tanto y en cuanto, probado que una persona ha llevado a cabo una conducta típica y antijurídica, sea factible el reproche a su autor de la realización de dicha conducta, en las condiciones en que esta se ha desarrollado (Cabanellas, 2011).

En armonía con lo manifestado por Cabanellas, el jurista Jorge Machicado (2020) expone los elementos de la Culpabilidad manifestando lo siguiente;

Para que haya culpabilidad tienen que presentarse los siguientes presupuestos o elementos de la culpabilidad:

- Imputabilidad,
- Dolo o culpa (formas de culpabilidad) y,
- La exigibilidad de una conducta adecuada a la prohibición o imperatividad de la norma. (Machicado, 2020)

Y por faltarle alguno de estos presupuestos, no actúa culpablemente el autor, en consecuencia, está exento de responsabilidad criminal; la esencia de la culpabilidad es su gradualidad, en su medición puede haber más o menos culpabilidad.

Así mismo, el jurista Dr. Luis Cueva Carrión (2006) expresa que tiene que existir la conjugación de varios elementos, pues no basta con solo distinguir si la acción es dolosa o culposa, teniendo en cuenta que el delito es: *“Un objeto cultural, una creación jurídica de carácter abstracto y los tipos penales son tipos ideales que constan en una ley penal y adquieren realidad en el proceso penal”*. La culpabilidad, dentro de la estructura de la tipificación del delito es de gran importancia, pues puede existir el hipotético caso que se anule el proceso por medio de la presencia de algún elemento negativo, y en el caso de peculado es posible la concurrencia de presupuestos de inimputabilidad, falso conocimiento de antijuridicidad y la imposibilidad de exigir una conducta ajustada a derecho, lo cual hace sentir dentro de los tratadistas una reformulación de la redacción en el Art. 278 del Código Orgánico Integral Penal.

6.4.7 Determinación de la pena

Una vez analizado los elementos del delito de peculado, el poder facultativo de imponer una pena la tiene el juez, después de haber analizado todos los elementos que constituyen el delito, así mismo en breves términos la proporcionalidad de la pena tiene una relación con el último punto investigado referente a la determinación de la pena, ante lo cual surgen distintas escuelas y doctrinarios tratando de determinar el fin o la función de la pena, sin embargo me concretaré a dos posturas: la teoría unificadora dialéctica y la función resocializadora de la pena

7. Protección Constitucional en el delito de peculado

A raíz de la reforma constitucional del año 2008, el derecho penal se debe entender como un derecho constitucional aplicado, porque este proceso de constitucionalizar el derecho penal hace que el legislador no maneje a su arbitrio la administración de justicia, ya que siempre debe respetar los valores y principios constitucionales establecidos en la Carta Magna del 2008. En armonía con lo que expresa la norma suprema el tratadista Fernández Carrasquillas (2006) expresa que: “la dogmática jurídico penal debe tomar la forma de una ciencia lógica-axiológica teniendo como referente los derechos humanos y la equidad.”

8. Derecho comparado sobre el peculado entre la legislación ecuatoriana y otras legislaciones

8.1 Legislación Ecuatoriana

En el Código Orgánico Integral Penal vigente en nuestro país, se encuentra tipificado en el Art. 278 en la sección tercera hace referencia a los Delitos contra la Eficiencia de la Administración Pública, en los siguientes términos:

Artículo 278.- Peculado.- Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, en beneficio propio o de terceros; abusen, 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 diez a trece años.

Si los sujetos descritos en el primer inciso utilizan, en beneficio propio o de terceras personas, trabajadores remunerados por el Estado o por las entidades del sector público o bienes del sector público, cuando esto signifique lucro o incremento patrimonial, serán sancionados con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

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,

reservados o de circulación restringida, que estén o hayan estado en su conocimiento o bajo su dependencia en razón o con ocasión del cargo que ejercen o han ejercido.

Son responsables de peculado las o los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del Sistema Financiero Nacional o entidades de economía popular y solidaria que realicen actividades de intermediación financiera, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades, que con abuso de las funciones propias de su cargo dispongan fraudulentamente, se apropien o distraigan los fondos, bienes, dineros o efectos privados que los representen, causando directamente un perjuicio económico a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, fondos o dineros, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años.

La persona que obtenga o conceda créditos vinculados, relacionados o Intercompañías, violando expresas disposiciones legales respecto de esta clase de operaciones, en perjuicio de la Institución Financiera, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

La misma pena se aplicará a los beneficiarios que intervengan en el cometimiento de este ilícito y a la persona que preste su nombre para beneficio propio o de un tercero, aunque no posea las calidades previstas en el inciso anterior.

Las o los sentenciados por las conductas previstas en este artículo quedarán incapacitadas o incapacitados de por vida, para el desempeño de todo cargo público, todo cargo en entidad financiera o en entidades de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 42).

Realizando un análisis del Art. 278 del COIP, se puede observar algunos vacíos legales de reparación frente al delito, ya que no mencionan la devolución, incautación de los bienes del Estado, así mismo no da valores económicos por los daños causados por conceptos de ser funcionario público. Además, la sanción o la pena que se aplique para cualquier acto que atente contra los bienes públicos en el Ecuador será la privación de libertad de 10 a 13 años, de 5 a 7 años y, de 7 a 10 años, según sea el grado de afectación que tenga el Estado ecuatoriano, a esta sanción se adjunta la incapacidad de por vida para el desempeño de cargo público.

8.2 Legislación Española

En el Derecho Penal Español, el delito de peculado se encuentra tipificado en el Capítulo VII de la Malversación, Art. 432 Código Penal (1995) expresa lo siguiente:

Art. 432 de la Malversación. - “La autoridad o funcionario público que cometa un delito del artículo 252 o 253 de la Ley 10/1995, del Código Penal sobre patrimonio público, se le aplicará una pena de dos a seis años e inhabilitación para cargo o empleo público entre seis y diez años. Las sentencias serán más graves si se cumplen algunos de los apartados del punto tres de este artículo. Así mismo, si el valor de los bienes o valores apropiados es inferior a 4000 euros la pena será de uno a dos años de prisión, más multa e inhabilitación”

En el Derecho penal español se toma en cuenta la proporcionalidad de la pena en el delito de peculado, ya que por un lado las penas privativas de libertad van únicamente hasta 6 y 10 años, a diferencia de la legislación ecuatoriana que va de 10 a 13 años; y, por otra parte, en la legislación española si el perjuicio económico causado no supera los 4000 euros, la pena se disminuye drásticamente de uno a dos años de prisión, mientras que en el Ecuador, el peculado es sancionada con pena privativa de libertad de 10 a 13 años.

8.3 Legislación Argentina

El Código Penal (2018) de la República Argentina tipifica al peculado en el Art 261 del Capítulo VII de la Malversación de caudales públicos, manifestando lo siguiente:

Art. 261.- “Será reprimido con prisión de 2 a 10 años e inhabilitación absoluta perpetua el funcionario público que sustrajere caudales, o efectos cuya administración percepción o custodia le haya sido confiada en razón de su cargo. Será reprimido con la misma pena el funcionario que empleare en provecho propio o de un tercero trabajos o servicios pagados por una administración pública” (Artículo 261)

El derecho penal argentino, tiene en consideración el principio proporcional de la pena, ya que la pena privativa de libertad puede ser de dos años,

mientras que, en el Ecuador, conforme lo expresado en esta investigación, la pena para este delito es de 10 a 13 años, lo cual se considera como una sanción muy drástica, en especial cuando el delito no ha causado graves perjuicios económicos al Estado ecuatoriano, violentándose el principio de proporcionalidad.

Así mismo es preciso señalar que en Argentina la Corte Constitucional también hizo alusión a que la falta de fidelidad del Estado de derecho al principio de proporcionalidad es en muchos casos una constante e incluso la utilización del Derecho Penal como un mecanismo inmediato y supuestamente disuasivo de ciertas conductas (Nájera, 2020).

8.4 Legislación Chilena

En el Código Penal de la República de Chile (2018), el delito de peculado se lo conoce como la “Malversación de Fondos Públicos” estipulado en el Art. 233, expresando lo siguiente:

Artículo 233.- El empleado público que, teniendo a LEY 19450 (LEY 19501) su cargo caudal o efectos públicos o de particulares Art. 2 f) en depósito, consignación o secuestro, los substraiga, será castigado: 1.º Con presidio menor en su grado medio y multa de cinco unidades tributarias mensuales, si la substracción excediere de una unidad tributaria mensual y no pasare de cuatro unidades tributarias mensuales. 2.º Con presidio menor en su grado máximo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si excediere de cuatro unidades tributarias mensuales y no pasare de cuarenta unidades tributarias mensuales. 3.º Con presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si excediere de cuarenta unidades tributarias mensuales. (CODIGO PENAL, 2018)

Como se puede analizar, el código penal chileno también usa la proporcionalidad de la pena para los delitos de peculado, con ello que la dureza con lo que sanciona al servidor público acusado del delito de peculado es fuerte. Asimismo, con la pena de inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo a inhabilitación absoluta perpetua para cargos

y oficios públicos, lo que difiere mucho con la aplicación de la sanción en el Ecuador frente a este tipo de delito.

9. El delito de peculado según los doctrinarios

9.1 El peculado según Edgardo Donna

Para el Dr. Edgardo Donna el delito de peculado es:

“Es la incorrecta aplicación de las cosas o efectos confiados a una persona con el encargo de darles un fin convenido previamente, pero para que la infracción adquiera su auténtica naturaleza es necesario que las cosas o caudales sean públicos y que la persona deba responder porque se le han entregado específicamente para que directa o indirectamente los intervenga” (Donna, 2009)

9.2 El peculado según Miguel Carbonell

Para Miguel Carbonell, peculado es “Delito que comete el funcionario público cuando da a los caudales o efectos que administra aplicación diferente de aquella a que estén destinados” (Carbonell, 2007).

9.3 El peculado según Robert Alexy

El tratadista Robert Alexy (2015), en su obra La Teoría del discurso, expresa lo siguiente sobre el peculado:

Es 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 cargo o de servicio (Alexy, 2015).

CAPÍTULO II

EL DELITO DE PECULADO SEGÚN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL EN RELACIÓN AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

En el Ecuador, el peculado se define al enriquecimiento indebido de un servidor público u otra persona que este encargado bienes estatales, el cual aprovecha su posición para apropiarse del capital, en este sentido, el bien jurídico protegido en el delito de peculado es la correcta administración pública, a través del Art. 278 del COIP aplica la sanción penal debidamente tipifica. En nuestra legislación, observamos claramente que el COIP frente al delito de peculado, no sólo tipifica el uso arbitrario de bienes públicos y privados de servidores públicos o personas que prestan un servicio público, además señala como delito de peculado, la apropiación de bienes estatales que en virtud de su cargo están en custodia de un funcionario.

1. El Delito de Peculado en el Ecuador

Desde la presidencia de Vicente Rocafuerte en 1835 se le ha considerado como el constructor de la República, siendo una persona muy preparada para la época, al percatarse de la poca moralidad de los funcionarios y empleados públicos, dispuso la instauración y creación de varios artículos destinados a reprimir los malos manejos de los funcionarios y empleados públicos del Código Penal en 1837, inspirado en el Código Penal del Perú (Basadre, 1997). En su mensaje al Congreso 1838, Rocafuerte expresa enfáticamente el siguiente pensamiento:

Una Nación que se encuentra servida por malos ciudadanos está condenada a la disolución. La Ley debe de reprimir estrictamente a la persona que por enriquecerse defrauda el interés nacional, especula con caudales públicos (Basadre, 1997)

Asimismo, Gabriel García Moreno ordena la modificación del Código Penal en 1871 en el que establece una pena de tres a seis años “al empleado público o persona encargada de un servicio público que hubiere abusado dineros públicos o privado, títulos, documentos o efectos mobiliarios que

estuvieren en su poder en razón de su cargo”. La disposición del Código de 1871 es una réplica del Código Penal de Bélgica, tomando en cuenta que García Moreno realizó sus estudios en Europa y ahí es donde conoció de la eficacia de la aplicación del Código Penal Belga que era considerado el mejor y más adelantado de su época (Paredes, 2007).

Como se puede observar, desde los inicios del Ecuador como República se ha sancionado el delito de peculado, en ese contexto ha tomado mayor relevancia desde la modificación del Código Penal desarrollado por la Comisión Jurídica ordenada por el mandatario de la época el Dr. José María Velasco Ibarra, publicados el 22 de enero de 1.971. En esta edición el delito de peculado se encuentra bajo el Título III “De los delitos contra la Administración Pública”, en el Capítulo V que trata “De la violación de los deberes de funcionarios públicos, de la Usurpación de Atribuciones y de los Abusos de Autoridad”, se lo tipifica en el artículo 257, (Paredes, 2007).

En contexto con lo manifestado desde la historia de la instauración del Derecho Penal hasta la Constitución de la República del 2008, donde en su Art. 233, manifiesta que el delito de peculado, conjuntamente con el cohecho, la concusión, y el enriquecimiento ilícito son conocidos como delitos de corrupción, son imprescriptibles y los juicios se realizarán incluso en ausencia de los procesados. Este mandato constitucional refleja el interés que la sociedad ecuatoriana le ha dado a este delito, pues es la corrupción un mal endémico que afecta a la sociedad y particularmente a la administración Pública.

En los últimos tiempos ha existido un gran debate sobre el alcance, vigencia y contenido de la Ley, en lo que tiene que ver con la tipificación penal del delito de peculado, en nuestra legislación el peculado está tipificado en el Art. 278 del Código Integral Penal. En esencia el delito de peculado no radica sólo en la sustracción, distracción, malversación de los bienes públicos, sino ante todo en faltar a la fidelidad que todo servidor público tiene para con los bienes estatales que están a su cargo. En ese sentido, el servidor que maneja los fondos o bienes públicos tiene el deber ineludible de cuidarlos, protegerlos, darles el uso normal para el que están destinados

y administrarlos con esmero, cuidado y responsabilidad; por lo tanto, si actúa en sentido contrario, debe responder administrativa, civil, o penalmente.

2. Análisis del Art. 278 del COIP

2.1 Los servidores públicos frente al delito de peculado

Partiendo del fin del servidor público, que está orientado a servir y atender las necesidades de las personas, ejerciendo el poder estatal a través de sus funciones, con el fin de contribuir al desarrollo de las instituciones del Estado y anteponiendo los máximos fines del Estado a cualquier propósito o interés particular (López, 2011).

El jurista argentino Manuel María Diez (1975), analiza desde el punto de vista del interés público, donde radica la responsabilidad de los actos cometidos por funcionarios públicos, indicando que:

(...) significa observar y cumplir exactamente con la letra de la Constitución, las leyes y los reglamentos y obrar con rectitud, honestidad y suma diligencia dentro de las funciones encomendadas para garantizar un buen servicio a la colectividad, si no es así, tendrá que asumir las consecuencias del delito cometido (p. 36).

En este sentido, de servidor público, cumple una función instrumental, en cuanto permite clasificar los diversos delitos en torno a la malversación de los respectivos bienes jurídicos estatales.

2.1.1 Beneficio Propio o de terceros

Siendo el delito de peculado un delito contra la administración pública, en donde se malversan los fondos y bienes estatales, el beneficio propio o de terceros se basa la utilización de los fondos a favor o gracia personal, con la intención de aumentar su patrimonio.

En este sentido el COIP (2020), en su inciso primero expresa que:

Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, en beneficio propio o de terceros; abusen, 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 diez a trece años. (p. 134)

2.1.2 Apropiación de bienes públicos muebles o inmuebles y dinero

Como se ha demostrado en el desarrollo de esta investigación sobre los delitos en contra de la administración pública, el delito de peculado se ha convertido en un delito común por los funcionarios de la administración pública, en sentido la apropiación de bienes públicos muebles o inmuebles y dineros utilizados en beneficio para aumentar su patrimonio o realizar otras cosas con los bienes estatales, en este sentido, el numeral 2 del Art, 278 del Código Orgánico Integral Penal (2020), expresa lo siguiente:

Si los sujetos descritos en el primer inciso utilizan, en beneficio propio o de terceras personas, trabajadores remunerados por el Estado o por las entidades del sector público o bienes del sector público, cuando esto signifique lucro o incremento patrimonial, serán sancionados con pena privativa de libertad de cinco a siete años (p. 134).

En contexto y armonía del COIP, El jurista colombiano Cancino Moreno Antonio (1983) en su obra “El delito de peculado”, expresa que:

(...) sostiene que el peculado, cualquiera sea la clase, solo puede ser cometido por un empleado público en ejercicio de sus funciones encomendadas por él por ley, reglamento, contrato u órdenes especialmente impartidas por quien tiene autoridad para hacerlo. Las dos exigencias, esto es, la del título empleado y la de actuar dentro de la órbita de su competencia son inseparables e inmodificables son considerados por el legislador como violatorios del bien jurídico de la administración pública (p. 80-81).

2.1.3 Apropiación de piezas, títulos o documentos que estén a su cargo

Francesco Carrara (1865) en su obra, "Breve ensayo del peculado", contempla al peculado, como la

"Apropiación de cosas públicas cometida por una persona investida de algún cargo público, a la cual, precisamente en razón de éste, le fueron entregadas, con la obligación de conservarlas y devolverlas, las cosas que se apropia" (p. 56)

Asimismo, el jurista norteamericano Edwin H. Sutherland (1950), en su obra "White Collar Crime", anuncia un nuevo estudio de la criminología y el derecho penal, a raíz de esto, se comenzaron a tipificar una gran cantidad de delitos en contra de la administración pública para combatir la corrupción, uno de estos es el delito de peculado.

Como se puede observar lo manifestado por la doctrina, toda apropiación de las piezas, títulos o documentos que están a su cuidado es ilegal y en el Ecuador es sancionado por el inciso primero del Art. 278 del Código Orgánico Integral Penal.

2.1.4 Mal manejo de fondos públicos del Sistema Financiero Nacional

En la actualidad, este tema del mal manejo de los fondos públicos en nuestro país se encuentra en boga, ya que en estos actos ilícitos se han visto inmiscuidos altas cúpulas del Estado, como evidencia tenemos el claro ejemplo con Odebrecht, donde está privado de la libertad el ex vicepresidente Jorge Glas y más funcionarios estatales.

En el Ecuador, la normativa suprema es la Constitución, el Art. 233 de este cuerpo normativo estipula que los funcionarios públicos son responsables por todo lo aquello realizado en el ejercicio de sus funciones sea por acto u omisión, siendo responsables directos del manejo y administración de fondos, recursos y bienes públicos. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Como se ha podido observar lo expresado por la Carta Magna, y lo manifestado por el numeral 1 del COIP, las personas que hagan un mal manejo de los fondos públicos en beneficio propio o de terceros, debe aplicarse la norma punitiva. Las responsabilidades están normadas por la institución de control, es decir por la Contraloría General del Estado quien por tener potestad exclusiva está facultada para ello, es menester conocer sobre las responsabilidades que existen en cuanto al mal manejo de fondos públicos.

Los fondos públicos estatales pertenecen a los ecuatorianos, por esto la lucha contra la corrupción y la malversación de los fondos públicos y esta temática es de interés nacional. En este sentido, la justicia ecuatoriana debe precautelar en todo instante, que los fallos estén orientados a que el bien jurídico lesionado sea reparado íntegramente en su totalidad, velando el cumplimiento de los mandatos constitucionales y legales.

Debe existir no solamente de parte de los entes de control y fiscalizadores, un trabajo exhaustivo acerca de la administración pública, sino que también debe existir una corresponsabilidad de la colectividad, sugiriendo que se empiece a través de campañas de concientización acerca de estos temas.

2.1.5 Créditos fraudulentos

La persona que otorgue créditos fraudulentos con fondos estatales está sancionada por el Art. 278 numeral 1 y 3, asimismo la persona que, ejecute través de una institución del Sistema Financiero Nacional, de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera mediante el empleo de fondos públicos o de la Seguridad Social será sancionada con la pena privativa de libertad de 10 a 13 años como lo expresa el Código Orgánico Integral Penal.

2.1.6 Incapacidad de ocupar cargos públicos

El jurista, Jorge Ahumada (2015), en su obra "Empleo público y precarización laboral", distingue entre las inhabilidades y los impedimentos para ejercer un cargo público, donde manifiesta lo siguiente:

Inhabilidad es la incapacidad, ineptitud o circunstancias que impiden a una persona ser elegida o designada en un cargo público y en ciertos casos, impiden el ejercicio del empleo a quienes ya se encuentran vinculados al servicio. La jurisprudencia ha señalado que “Las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas. También han sido definidas por esta Corporación como aquellos requisitos negativos para acceder a la función pública, los cuales buscan rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad el acceso y la permanencia en el servicio público, de tal suerte que las decisiones públicas sean objetivas y tengan como resultado el adecuado cumplimiento de los fines del Estado que asegure la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo el caso de los impedimentos e inhabilidades estos son conforme lo señala la doctrina una especie de requisitos negativos, es decir, que no se debe incurrir en ellos para poder ejercer un cargo público. (p. 5-6)

Asimismo, el Dr. Jaime Córdova (2016), en su investigación sobre las Inhabilidades e incompatibilidades, indica lo siguiente:

La finalidad de las inhabilidades es garantizar la idoneidad, moralidad, probidad y eficacia en el ejercicio de cargos o funciones públicas. De igual forma son una garantía de que el comportamiento anterior o el vínculo familiar no afectarán el desempeño del empleo o función (p. 16)

Siguiendo el contexto de lo manifestado por la doctrina, La Ley Orgánica del Servicio Público (2016), en el Art. 10 expresa que;

Art. 10.- Prohibiciones especiales para el desempeño de un puesto, cargo, función o dignidad en el sector público. - Las personas contra quienes se hubiere dictado sentencia condenatoria ejecutoriada por delitos de: peculado, cohecho, concusión o enriquecimiento ilícito; y, en general, quienes hayan sido sentenciados por defraudaciones a las instituciones del Estado están prohibidos para el desempeño, bajo cualquier modalidad, de un puesto, cargo, función o dignidad pública. La misma incapacidad recaerá sobre quienes hayan sido condenados por los siguientes delitos: delitos aduaneros, tráfico de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, lavado de

activos, acoso sexual, explotación sexual, trata de personas, tráfico ilícito o violación.

Esta prohibición se extiende a aquellas personas que, directa o indirectamente, hubieren recibido créditos vinculados contraviniendo el ordenamiento jurídico vigente (p. 15).

Como podemos observar lo manifestado por la doctrina y la ley, es importante resaltar que los impedimentos para ejercer la función pública lo reportan la Función Judicial que, en muchas ocasiones, remite la información incompleta, por lo que para implementar este tipo de certificados en línea lo primero, que debió verificarse, es que la información se encuentre depurada para que sea confiable.

2.2 Intermediación financiera, por miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración

El economista Francisco Coll Morales (2020), define a la intermediación financiera de la siguiente manera:

Es el proceso mediante el cual, un agente, se encarga de conectar a ahorradores e inversores, de tal forma que el inversor genere rendimientos, mientras que el gestor atrae un mayor capital (p. 5).

Asimismo, José Francisco López (2016), define de la siguiente manera a la intermediación financiera:

Los Intermediarios financieros son aquellas personas o empresas que ofrecen servicios financieros al inversor sin que este tenga que contactar con el emisor del instrumento financiero (p.1).

Como se puede observar, las definiciones doctrinales, la intermediación financiera es para ofrecer servicios de inversión, pero en el delito de peculado esta intermediación es utilizada por los funcionarios públicos para actos ilícitos con fondos estatales en beneficio propio o de terceros.

En contexto con lo manifestado por los tratadistas, el COIP (2021), en su párrafo cuarto, manifiesta lo siguiente:

Son responsables de peculado las o los funcionarios o servidores públicos, las o los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del Sistema Financiero Nacional que realicen actividades de intermediación financiera, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración y vigilancia de estas entidades, que con abuso de las funciones propias de su cargo: a) dispongan fraudulentamente, se apropien o distraigan los fondos, bienes, dineros o efectos privados que los representen; b) hubiesen ejecutado dolosamente operaciones que disminuyan el activo o incrementen el pasivo de la entidad; o, c) dispongan de cualquier manera el congelamiento o la retención arbitraria o generalizada de los fondos o depósitos en las instituciones del Sistema Financiero Nacional, causando directamente un perjuicio económico a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, fondos o dinero. En todos estos casos serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años (Código Orgánico Integral Penal, 2021)

Como expresa la norma punitiva y la doctrina, en la intermediación financiera existen dos o más partes interesadas, a través de una persona o intermediario que se conecten acorde a los intereses ilícitos. De esta forma, cumpliendo con lo exigido y, por ello, cobrando comisiones que variará en función de la cuantía de los fondos utilizados de manera ilícita, así como de los plazos y otros factores que podríamos citar.

2.2.1 Abuso de funciones de los funcionarios, vigilancia de entidades Sistema Financiero Nacional

Los funcionarios públicos ejecutan conductas basadas en el poder estatal, dicha potestad otorgada por el Estado para actuar a nombre de él, y ejecutar y hacer cumplir los principios y derechos constitucionales amparados por la norma suprema (Domínguez. 2020).

Los abusos económicos realizados por los funcionarios públicos son cada vez más comunes, como se puede observar los casos de sobornos, peculado, cohecho y concusión; delitos considerados contra la eficiencia de la administración pública, asimismo estos delitos que se encuentran tipificados en el COIP. El abuso de funciones de los funcionarios públicos

nace cuando una persona se aprovecha de otra que está en una situación de subordinación con respecto a ella, gracias a su cargo superior y a sus atribuciones (Puig, 2003).

Como se ha demostrado los abusos por parte de los funcionarios públicos, el Código Orgánico Integral Penal (2021), en el Art. 278 su inciso cuarto expresa lo siguiente:

Son responsables de peculado las o los funcionarios o servidores públicos, las o los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del Sistema Financiero Nacional que realicen actividades de intermediación financiera, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración y vigilancia de estas entidades, que con abuso de las funciones propias de su cargo: a) dispongan fraudulentamente, se apropien o distraigan los fondos, bienes, dineros o efectos privados que los representen; b) hubiesen ejecutado dolosamente operaciones que disminuyan el activo o incrementen el pasivo de la entidad; o, c) dispongan de cualquier manera el congelamiento o la retención arbitraria o generalizada de los fondos o depósitos en las instituciones del Sistema Financiero Nacional, causando directamente un perjuicio económico a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, fondos o dinero. En todos estos casos serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años (p, 134).

2.2.2 Disposición fraudulenta, se apropien o distraigan los fondos, bienes, dineros o efectos privados que los representen

El delito de peculado en el Ecuador siempre ha existido, la diferencia es que ahora ha tomado más relevancia a raíz por los actos de corrupción como Odebrecht, compras de pruebas para detectar el COVID y los sobrepagos de insumos para combatir la pandemia, entre otros. Al peculado también se lo ha conocido como “delitos de cuello blanco o el hurto al Estado” (Puig, 2003); estos actos deben ser considerados como traición a la patria. La descripción de estos actos que se ejecutan son cuando la persona se apropia de los fondos públicos para uso personal, con finalidad de hacer crecer su patrimonio de manera dolosa e ilegal.

En este sentido el Código Orgánico Integral Penal (2021) en su Art. 278 inciso cuarto expresa que

Son responsables de peculado las o los funcionarios o servidores públicos, las o los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del Sistema Financiero Nacional que realicen actividades de intermediación financiera, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración y vigilancia de estas entidades, que con abuso de las funciones propias de su cargo: a) dispongan fraudulentamente, se apropien o distraigan los fondos, bienes, dineros o efectos privados que los representen (...), serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años. (p, 134)

2.2.3 Ejecución dolosa en operaciones que disminuyan el activo o incrementen el pasivo de la entidad

Para tener mejor un criterio sobre la ejecución dolosa, es necesario realizar un recuerdo de que significa una ejecución dolosa, en este sentido, el jurista Cancino Antonio Moreno (1983), expresa lo siguiente:

La ejecución de un delito doloso consiste en llevar a cabo una acción antijurídica, a sabiendas de su ilicitud. Es decir, son dolosos aquellos delitos que se cometen a conciencia, siendo el autor completamente consciente de la acción que se lleva a cabo (p, 16)

En armonía con lo que expresa el Dr. Antonio Moreno, el Código Orgánico Integral Penal, en El Art. 278 inciso cuarto manifiesta que:

Son responsables de peculado las o los funcionarios o servidores públicos, las o los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del Sistema Financiero Nacional que realicen actividades de intermediación financiera, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración y vigilancia de estas entidades, que con abuso de las funciones propias de su cargo: a) dispongan fraudulentamente, se apropien o distraigan los fondos, bienes, dineros o efectos privados que los representen; b) hubiesen ejecutado dolosamente operaciones que

disminuyan el activo o incrementen el pasivo de la entidad; (...), serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años. (p, 134)

En la actualidad se ha evidenciado que es común el delito de peculado, ya que todo acto de corrupción ejecutado de manera dolosa con los bienes y fondos estatales por funcionarios públicos está sancionado, pero estas sanciones no llegan a ser de manera coercitiva, ya que a pesar de tener fiscalía todos los elementos de convicción para ejecutar el poder punitivo estatal se ven vulnerado ya que la justicia está temerosa de hacer respetar el poder Estatal y declaran sobreseimiento.

2.2.4 Congelamiento o la retención arbitraria de los fondos en instituciones del Sistema Financiero Nacional

Como podemos observar que los verbos rectores son, congelar o retener los fondos de instituciones del Sistema Financiero Nacional, en este sentido la Constitución del Ecuador (2008), en el Art. 308 prohíbe el congelamiento o la retención arbitraria o generalizada de los fondos o depósitos en las instituciones financieras públicas y privadas.

Asimismo, el Código Orgánico Monetario Financiero (2014), en el Art. 225 numeral 4 dice que “se prohíbe a las entidades del sistema financiero nacional congelar o retener arbitrariamente fondos o depósitos” (p, 39); además, son infracciones muy graves no observar las prohibiciones establecidas en el Art. 255 numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9. Por otro lado, el Art. 264 numeral 1 dice que las sanciones administrativas por infracciones muy graves son una multa de hasta 0,01% de los activos de la entidad infractora, remoción de los administradores y/o la revocatoria de la o las autorizaciones.

Además, el Art. 268 del Código Monetario y Financiero expresa que los sujetos responsables de las infracciones de la entidad financiera son sus accionistas, administradores, funcionarios o empleados y demás personas expresadas en el Art. 276 del mismo código, que por acción u omisión incurran en las infracciones tipificadas en esta norma.

En este contexto el Art. 278 inciso cuarto del Código Orgánico Integral Penal (2021) expresa que:

Son responsables de peculado las o los funcionarios o servidores públicos, las o los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del Sistema Financiero Nacional que realicen actividades de intermediación financiera, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración y vigilancia de estas entidades, que con abuso de las funciones propias de su cargo:

- a) dispongan fraudulentamente, se apropien o distraigan los fondos, bienes, dineros o efectos privados que los representen;
- b) hubiesen ejecutado dolosamente operaciones que disminuyan el activo o incrementen el pasivo de la entidad; o,
- c) dispongan de cualquier manera el congelamiento o la retención arbitraria o generalizada de los fondos o depósitos en las instituciones del Sistema Financiero Nacional, causando directamente un perjuicio económico a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, fondos o dinero. En todos estos casos serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años (p, 134).

2.3 Obtención o concesión de créditos vinculados, relacionados o Intercompañías

Los créditos son los pilares básicos para el progreso de la sociedad, asimismo los créditos son uno el origen del tráfico jurídico y de los ilícitos económicos, por eso es la necesidad de la protección jurídica por el Estado para evitar los abusos y la vulneración del mismo; mediante la obtención del mismo en condiciones fraudulentas, vulnerando la institución del crédito, es innegable la existencia de un importante grupo de supuestos que, por su gravedad, requieren la intervención del derecho penal.

La Superintendencia de Bancos (2021) define al crédito bancario como: “es un contrato por el cual una entidad financiera pone a disposición del cliente cierta cantidad de dinero, el cual deberá de devolver con intereses y comisiones según los plazos pactados”

En este sentido, para precautelar la institucionalidad de la figura del crédito, el Código Orgánico Integral Penal (2021) el Art. 278 el inciso quinto manifiesta que:

La persona que obtenga o conceda créditos vinculados, relacionados o intercompañías, violando expresas disposiciones legales respecto de esta clase de operaciones, en perjuicio de la Institución Financiera, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años (p, 134).

2.3.1 Violación de expresas disposiciones legales

El peculado es un tipo penal complejo ya que necesita de la presencia de un funcionario público o un particular que preste un servicio público a favor propio o de terceros, teniendo como objetivo efectuar el desvío o abuso de esos fondos públicos y que trae consigo una vez verificado el cometimiento del acto desde su inicio o ITER CRIMINIS, hasta la consecución del mismo ciertas incapacidades, como la del ejercicio de la función pública de manera perpetua (Cornejo, 2015). En este sentido el Art. 278 inciso quinto del Código Orgánico Integral Penal (2021) manifiesta que:” violando expresas disposiciones legales respecto de esta clase de operaciones, en perjuicio de la Institución Financiera, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años”.

2.3.2 Perjuicio económico de las Instituciones Financieras tanto públicas como privadas

A partir del momento en que los servidores públicos se posesionan de los cargos, asumen obligaciones legales, cuyo incumplimiento acarrea responsabilidades, como forma de precautelar el orden administrativo (Contraloría General Del Estado, 2017); no sólo el cuerpo administrativo de la entidad financiera, sino cualquier funcionario de la misma responderían a título de autor si incurrieran en las acciones debidamente tipificadas en el artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal.

El perjuicio económico se basa en la utilización de los fondos públicos o privados para fines propios, con finalidad de incrementar el patrimonio

personal o en beneficio de terceras personas, a sabiendas de que se está cometiendo un delito.

En este sentido, el Código Orgánico Integral Penal (2021) en su numeral quinto expresa que la persona que "... violando expresas disposiciones legales respecto de esta clase de operaciones, en perjuicio de la Institución Financiera, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años" (p, 134).

2.4 Beneficiarios que intervengan en el cometimiento del delito de peculado

En el delito de peculado el agresor siempre será un funcionario público o una persona que esté a cargo de dineros, piezas, títulos, recursos estatales; es decir no cualquier persona puede cometer este delito, sino aquellas que se encuentran ejerciendo una potestad estatal. (Coip, 2021).

En este sentido, las personas que ejecuten tanto de manera directa o como cómplices del ilícito estarán sometidos a lo que expresa el Art. 278 del COIP.

2.5 Incapacidad para ejercer un cargo público

La ley Orgánica del Servicio Público (2016), en su Art. 10 manifiesta que:

Art. 10.- Prohibiciones especiales para el desempeño de un puesto, cargo, función o dignidad en el sector público. - Las personas contra quienes se hubiere dictado sentencia condenatoria ejecutoriada por delitos de: peculado, cohecho, concusión o enriquecimiento ilícito; y, en general, quienes hayan sido sentenciados por defraudaciones a las instituciones del Estado están prohibidos para el desempeño, bajo cualquier modalidad, de un puesto, cargo, función o dignidad pública.

Como se ha demostrado a lo largo de este trabajo investigativo, la persona que realiza el delito de peculado lo realiza de manera dolosa, en este contexto, no podría volver a ejercer cargos públicos, pero esto no se ve reflejado en la actualidad.

3. Principios de igualdad y seguridad jurídica en el delito de peculado

Los principios de igualdad y seguridad jurídica son los más importantes en Derecho, más aún cuando se trata de materia penal o penas privativas de libertad. A continuación, se analizarán estos principios, partiendo lo expresado por la Constitución de la República del Ecuador.

3.1 Principio de Igualdad desde el ámbito normativo

En la Constitución de la República del Ecuador (2008), en el Art. 11 numeral 2 se encuentra tipificado el principio de igualdad, donde expresa lo siguiente:

Art. 11- (...) Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades. Nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. La ley sancionará toda forma de discriminación. El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad (p. 11).

Asimismo, el Art. 66 numeral 4 de la norma suprema, expresa que el principio de igualdad es el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación (p, 19).

Por último, el Art. 5 numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal (2021), expresa que:

(...) Es obligación de las y los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad (p, 24).

Por lo manifestado por la Carta Magna, y en el Código Orgánico Integral Penal este principio trata a todas las personas por igual, no distingue a nadie por ninguna situación, nacen libres y en igualdad de condiciones; por lo manifestado, no se puede transgredir este principio por ningún motivo con actos discriminatorios.

En base de las consideraciones expuestas, el jurista Cristian Pinos Nájera, (2020) manifiesta que:

(...) cabe indicar que la igualdad puede ser vista desde dos puntos de vista: a) la igualdad formal o igualdad ante la ley; y, b) la igualdad material. El primero (igualdad formal), se concibe como aquel principio que constituye un postulado fundamental del Estado liberal de derecho y que fue enunciado como el reconocimiento de la identidad del Estatuto Jurídico de todos los ciudadanos (p. 29).

El principio de igualdad es uno de los pilares en materia de derechos fundamentales, ya que toda la normativa ecuatoriana se basa en este principio, vale la pena indicar que la igualdad no solo se refiere al trato igualitario que debe existir en la sociedad, sino además que esa igualdad debe verse reflejada en las leyes (Pinos, 2020).

3.2 Características del Principio de Igualdad

3.2.1 Se constituye como un límite frente a la voluntad del legislador

La jurista Encarnación Carmona (1994), manifiesta que: “El legislador al momento de elaborar las normas jurídicas está obligado a observar este principio para garantizar de esta manera una igualdad de trato de los ciudadanos que se encuentran en la misma situación”. Este principio debe precautelar y garantizar a todas las personas que no se encuentran en la misma situación, como en el delito de peculado, reciban penas distintas cuando la conducta penalmente relevante produzca mayor daño al Estado (Pinos, 2020)

3.2.2 Tiene rango constitucional

Este principio es uno de los pilares fundamentales de nuestra normativa suprema, así mismo está estipulado en el Art. 11 numeral 2; debe ser aplicado en la resolución de todos los asuntos judiciales por los administradores de justicia; su no aplicación o inobservancia puede producir la vulneración de derechos fundamentales y constitucionales.

3.2.3 Garantiza igualdad de trato

El principio de igualdad garantiza la igualdad de trato a las personas que de una u otra manera están en las mismas condiciones que otras, que están en el territorio ecuatoriano; la base del principio de igualdad manifiesta que: siempre se debe dar un trato igualitario a personas que se encuentran en situaciones diferentes, sobre todo desde la óptica del derecho penal.

3.2.4 Principio de Seguridad Jurídica

A raíz del referéndum del 2008, el Ecuador pasó de ser un Estado Social de Derechos a un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, donde se garantiza en el Art. 1 de esta norma suprema el principio de seguridad jurídica. Asimismo, el Art. 82 de la Constitución de la República (2008), expresa que: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.” (p, 38).

Por otra parte, la Sentencia Nro. 023-13-SEP-CC de la Corte Constitucional del Ecuador (2013), señala

La seguridad jurídica tiene como fundamento esencial la existencia de un marco normativo previamente establecido dentro del cual, la Constitución de la República es la norma suprema. A través de este derecho, se pretende otorgar certeza y confianza ciudadana respecto a la correcta y debida aplicación del ordenamiento jurídico vigente por parte de las autoridades correspondientes, en tanto ello, permite que las personas puedan predecir con seguridad cuál será el procedimiento o

tratamiento al que se someterá una situación jurídica en particular (Sentencia Nro. 023-13-SEP-CC, 2013)

A continuación, se presenta las características las principales de la seguridad jurídica:

- Obliga a la elaboración de normas que se adecuen formal y materialmente a la Constitución.
- Obliga la aplicación de las garantías del debido proceso.
- Puede ser vista desde dos ópticas, como derecho ciudadano y como principio que orienta la actividad de los servidores relacionados con el sistema de justicia.
- Da al individuo la certeza de que su situación jurídica no podrá ser modificada más que por procedimientos regulares establecidos previamente.
- Es uno de los bienes más preciados del Estado constitucional de derechos.
- Permite ejercer y garantizar la supremacía de los derechos constitucionales en su efectividad e integralidad en la adopción de una decisión (Pinos, 2020).

Por lo manifestado por la Constitución de la República y la Corte Constitucional en referencia del delito de peculado, se podría decir que se podría generar inseguridad jurídica, por cuanto en el artículo 278 del COIP que regula el peculado, no se ha tomado en cuenta el principio de proporcionalidad, como una de las garantías del debido proceso plasmado en la Constitución, tema que será abordado en el siguiente ítem de este trabajo de investigación.

4. El Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad ha estado presente desde la era antigua, para ser más exactos los primeros indicios nacen en el Derecho Romano, esto se puede observar en la obra del filósofo Platón, “Las Leyes”, donde expresa lo siguiente: “se puede encontrar la exigencia de que la pena sea proporcional a la gravedad del delito. Pero es hasta la época de la Ilustración cuando se afirma este principio.” (Nájera, 2020).

Asimismo, para Robert Alexy (2015), manifiesta que el nacimiento del principio de proporcionalidad fue en la segunda Guerra Mundial, con la

eliminación de las torturas, de las penas y tratos crueles, así como se ejecutaron en los juicios de Nuremberg.

Es así como la idea de proporcionalidad ha pasado de un Derecho a otro, hasta convertirse en un principio general del ordenamiento jurídico y que, en sentido muy amplio, obliga al operador jurídico a tratar de alcanzar el justo equilibrio entre los intereses en conflicto (Alexy, 2015, pág. 9)

A continuación, se analizará el principio de proporcionalidad desde el ámbito constitucional y en lo posterior se lo relacionará con el delito de peculado, a fin de determinar si este principio es observado y aplicado en el proceso de juzgamiento; asimismo, tener presente que este principio es aplicable en todas las áreas del derecho. Es así que este principio debe observarse obligatoriamente en el ámbito administrativo y más aún en el penal.

4.1 El principio de proporcionalidad en la Constitución

La Constitución de la República del Ecuador (2008) en su Art. 76 numeral 6 manifiesta: “La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”. Teniendo en cuenta que la Carta Magna está adscrita a convenios y tratados internacionales.

El principio de proporcionalidad es una de las garantías básicas del debido proceso, es decir el conjunto de garantías mínimas que deben observarse en todo procedimiento judicial, a fin de que el ciudadano acceda a un juicio justo, observándose de esta manera el derecho a la seguridad jurídica.

4.2 El Principio de proporcionalidad según la Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Nº. 026-14-SEP-CC

En Ecuador, la Corte Constitucional es el máximo órgano de control y de interpretación de la normativa constitucional además de la administración de justicia; respecto al principio de proporcionalidad como principio básico para cumplir el debido proceso, expresa lo siguiente:

El debido proceso es una exigencia que debe transversalizar el accionar de la autoridad judicial y administrativa para garantizar los derechos constitucionales de las personas. En el ámbito judicial el debido proceso estará presente en cada uno de sus momentos o estancos en los cuales se reparte el ejercicio de la actividad entre las partes y el juez (Sentencia N°. 026-14-SEP-CC, p 13)

Así mismo la Sentencia N°. 026-14-SEP-CC, de Corte Constitucional del Ecuador, haciendo referencia sobre el principio de proporcionalidad, expresa lo siguiente:

“La Constitución de la República en el artículo 76 numerales del 1 al 7 señala las garantías básicas que caracterizan al debido proceso como el cumplimiento de las normas y derechos de las partes, la presunción de inocencia, a no ser sancionado por acto u omisión que al momento de cometerse no esté prescrito en la ley, la proporcionalidad entre las infracciones y sanciones y el derecho a la defensa con sus garantías específicas” (Sentencia 026-14-SEP-CC, p 22).

Lo manifestado por la Corte Constitucional en armonía con la Constitución de la República del Ecuador (2008), dice que:

En todo proceso en que se determinen derechos y obligaciones de cualquier índole, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas (...) La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y sanciones penales, administrativas o de cualquier naturaleza (p, 26)

Por lo manifestado, se puede concluir que el principio de proporcionalidad está en la misma línea de los principios de equidad e igualdad, donde el principio de equidad se utiliza en beneficio de las partes procesales y no solamente de la víctima, así lo garantiza la norma constitucional dentro de las reglas del debido proceso.

4.3 Definición y Características del Principio de Proporcionalidad

El jurista José García Falconí (2015) define al principio de proporcionalidad de la siguiente manera:

...el principio de proporcionalidad presupone la ponderación de bienes jurídicos constitucionales y este pensamiento asume la forma de un juicio de proporcionalidad de los medios, como principio para la delimitación y concretización de los derechos constitucionales (pág. 15)

El Diccionario Panhispánico del Español Jurídico de la Real Academia Lengua (2020) define el principio de proporcionalidad de la siguiente manera: “Principio jurídico en virtud del cual las penas han de ser necesarias y proporcionadas a la gravedad del delito cometido” (p. 632).

Asimismo, la jurista peruana Yolanda Yupanqui (2017), define al principio de proporcionalidad de la siguiente manera:

En materia penal, el principio de proporcionalidad responde a la idea de evitar la utilización desmedida de sanciones que conllevan a la privación o restricción de la libertad, para ello, limita su uso a lo imprescindible, que no es otra cosa que establecer o imponer penas exclusivamente para proteger bienes jurídicos valiosos para la sociedad (p, 14).

Por otro lado Miguel Carbonell (2007), en su obra “El Principio de Proporcionalidad Constitucional”, define al principio de proporcionalidad de la siguiente manera:

El principio de proporcionalidad punitiva juega un papel trascendental en el Estado puesto que, tras considerarlo a éste como policía, la aplicación de aquel principio como garantía del debido proceso permitirá alcanzar el objetivo propuesto por dicha concepción como lo es evitar todo tipo de arbitrariedades por parte de la autoridad (Carbonell, 2007, pág. 167).

Rojas (2005) describe de una manera concreta las principales características del principio de proporcionalidad, donde se han identificado 4 que son los que se anotan a continuación:

- perseguir una finalidad legítima
- debe ser adecuado o idóneo
- debe ser necesario y
- debe ser proporcional

4.4 El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Humanos

El principio de proporcionalidad, nace como una herramienta metodológica válida para evitar, en la mayor medida de lo posible, los abusos de los órganos jurisdiccionales o administradores de justicia. Se trata, en rigor, de construir sociedades en donde las Constituciones garanticen los límites del poder y vinculen a éstos, en forma efectiva, a una auténtica democracia (Granja, 2014).

En la Convención Americana de Derechos Humanos (1985), no aparece establecido o definido en su cuerpo legal, pero esto no quiere decir que no exista en sus principios o bases normativas de aplicación directa, ya que, ante la falta de tipificación de este principio en la convención, fue la Corte Interamericana de Derechos Humanos que desarrollo este principio.

Así, en la Opinión Consultiva 5/85 la Corte IDH, sostuvo que la restricción: “i) Debe responder a la existencia de una necesidad social imperiosa, es decir debe estar orientada a satisfacer un interés público imperativo. ii) entre varias opciones para alcanzar este objetivo, debe escogerse a aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido; iii) la restricción debe ser proporcionada al interés que justifica y ajustarse estrechamente al logro de este legítimo objetivo” (p, 3)

Al respecto, cabe indicar que las opiniones consultivas forman parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, por cuanto las mismas permiten operativizar las normas de la Convención, al identificar su sentido y alcance de dichas disposiciones, cuya aplicación es obligatoria para los Estados que forman parte de este convenio; y, de manera especial, para el poder judicial.

4.5 El Principio de Proporcionalidad en la Carta Europea de Derechos Humanos

La Convención o Carta Europea de Derechos Humanos (2007), en el Art. 52 numeral 1 reza que:

“Cualquier limitación al ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente carta deberá ser establecida por la

ley y respetar el contenido esencial de los derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, solo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a intereses generales reconocidos por la Unión, o la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás” (p, 60).

La Carta Europea de Derechos Humanos tiene por objeto que los países miembros de esta organización, apliquen ciertas garantías mínimas a fin de que los derechos humanos sean garantizados en todo ámbito, tanto en lo personal como en lo jurídico. En este sentido, el principio de proporcionalidad aparece como una obligación y deber, que permite reconocer los derechos y libertades del ciudadano europeo en los procesos judiciales (Pinos, 2020), a fin de que la pena impuesta ante el cometimiento de un delito, sea la que más se ajuste según la gravedad del caso.

4.6 El Principio de Proporcionalidad en cuanto al delito de peculado, según el Código Orgánico Integral Penal.

En la actualidad los administradores no cuentan con mecanismos idóneos donde le permitan determinar las penas de una forma proporcional en el delito de peculado, si bien es cierto, que este principio está adscrito a la Carta Magna, no existe un fundamento básico o reglas para sancionarlo de una manera correcta como lo dejamos determinado en acápite anteriores.

Para realizar un mejor análisis, es necesario transcribir el delito de peculado está tipificado en el COIP (2020), en el Art. 278, donde reza que:

Art. 278.- Peculado.- Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, en beneficio propio o de terceros; abusen, 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 diez a trece años.

Si los sujetos descritos en el primer inciso utilizan, en beneficio propio o de terceras personas, trabajadores remunerados por el Estado o por las entidades del sector público o bienes del sector

público, cuando esto signifique lucro o incremento patrimonial, serán sancionados con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

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, reservados o de circulación restringida, que estén o hayan estado en su conocimiento o bajo su dependencia en razón o con ocasión del cargo que ejercen o han ejercido.

Son responsables de peculado las o los funcionarios o servidores públicos, las o los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del Sistema Financiero Nacional que realicen actividades de intermediación financiera, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración y vigilancia de estas entidades, que con abuso de las funciones propias de su cargo:

- a) dispongan fraudulentamente, se apropien o distraigan los fondos, bienes, dineros o efectos privados que los representen;
- b) hubiesen ejecutado dolosamente operaciones que disminuyan el activo o incrementen el pasivo de la entidad; o,
- c) dispongan de cualquier manera el congelamiento o la retención arbitraria o generalizada de los fondos o depósitos en las instituciones del Sistema Financiero Nacional, causando directamente un perjuicio económico a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, fondos o dinero. En todos estos casos serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años.

Si los sujetos descritos en el inciso precedente causan la quiebra fraudulenta de entidades del Sistema Financiero Nacional, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años. La persona que obtenga o conceda créditos vinculados, relacionados o intercompañías, violando expresas disposiciones legales respecto de esta clase de operaciones, en perjuicio de la Institución Financiera, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

La misma pena se aplicará a los beneficiarios que intervengan en el cometimiento de este ilícito y a la persona que preste su nombre para beneficio propio o de un tercero, aunque no posea las calidades previstas en el inciso anterior.

Las o los sentenciados por las conductas previstas en este artículo quedarán incapacitadas o incapacitados de por vida, para el desempeño de todo cargo público, todo cargo en entidad

financiera o en entidades de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera. (p, 93)

En la actualidad, en delito de peculado no se aplica de una manera taxativa el principio de proporcionalidad de la pena, pues si advertimos que en el Art. 278 del COIP, donde manifiesta que la penalidad por este delito será de diez a trece años y deja solo una diferencia de tres con delitos menores en este articulado, ya que da lo mismo una sanción por la malversación de 10.000 dólares como de 1000, en ambos casos es la misma sanción.

Como podemos observar, existe una problemática grave, por cuanto, en el primer inciso del artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal, no existe una relación de la pena con el monto económico de perjuicio al Estado, ya que, en el tipo penal, si bien se describe la conducta penalmente relevante, que consiste en distraer, apropiarse ilegalmente de bienes públicos, piezas, títulos, entre otros, asimismo por ningún lado hace referencia a la cantidad económica que cause perjuicio al Estado. Por las consideraciones expuestas, se puede expresar que en COIP se inobserva el principio de proporcionalidad; ya que sanciona con las mismas penas privativas de libertad a los servidores públicos que incurren en el delito de peculado, sea cual fuere el monto económico.

Por otro lado, en el análisis de Miguel Carbonell (2007), haciendo énfasis en el delito de peculado y el principio de proporcionalidad expresa lo siguiente

(...) una política integradora es aquella que se preocupa profundamente desde el momento que se crea una norma penal por parte del legislador, esta debe ser necesaria, idónea y proporcional; que los jueces cumplan con su función de jueces garantistas, es decir que apliquen la norma en los casos concretos cumpliendo con el principio de proporcionalidad. Que al momento de ejecutar la sanción exista una verdadera política de rehabilitación, donde el infractor sea reinsertado a la sociedad para que no vuelva a cometer delitos (p, 86).

De forma concreta, en nuestro país el derecho a la seguridad jurídica es un principio constitucional, y la no aplicabilidad de este principio vulnera los

derechos de las personas que han perjudicado al Estado con montos económicos mínimos, es ilógico que reciban una sentencia condenatoria ejecutoriada sin observarse el principio de proporcionalidad. Es decir, de que seguridad jurídica y el debido proceso se ven vulnerados, ya que reciben las mismas penas, aunque unas hayan perjudicado al Estado en mil dólares y las otras en un millón de dólares, problemática originada por cuanto se ha inobservado el principio de proporcionalidad por parte de los administradores de justicia.

5. La Punibilidad

Palladino (2019), manifiesta que la punibilidad es un elemento consecutivo del delito, manifestando que:

“...se refiere a aquella conducta sobre la que existe la posibilidad de aplicar una sanción o una pena, desde el punto de vista jurídico. Ya que ni siempre; ni ante cualquier delito es aplicable una pena; el elemento de la punibilidad define justamente, la posibilidad de que una pena sea aplicada, y de ahí la importancia del estudio de la punibilidad y el delito” (p, 3).

Asimismo, Jimmy Sambache (2019), en su investigación sobre la teoría del delito expresa que “la punibilidad es la advertencia establecida dentro del tipo penal como castigo, siendo este el resultado que se deriva de una conducta típicamente antijurídica y culpable”.

Como podemos observar a lo largo de esta investigación, la punibilidad es el poder del Estado de sancionar las conductas ilícitas tipificadas en el Código Orgánico Integral Penal, como es el tipo penal del peculado en el Art. 278.

6. La Punibilidad del Estado

Siendo la punibilidad la facultad que tiene el estado para interponer sanciones por actos ilícitos realizados por las personas, tipificados en el COIP. Como se ha demostrado a lo largo de esta investigación, toda infracción penal es sancionada por la norma punitiva estatal, donde hace respetar la institucionalidad del país, tratando así de resarcir los daños

causados a los bienes jurídicos protegidos, como es en el caso del delito de peculado, el daño a los bienes y fondos estatales.

CAPÍTULO III

PROCESOS DE PECULADO TRAMITADOS EN LA FISCALÍA Y TRIBUNALES DE GARANTÍAS PENALES DEL AZUAY Y SUS EFECTOS

1. El Derecho Procesal Penal

Palladino (2018) define al Derecho Procesal Penal de la siguiente manera:

(...) es el conjunto de normas jurídicas, que pertenecen al Derecho Público Interno, que regulan relaciones entre el Estado y los particulares, y que posibilitan la aplicación del Derecho Penal sustantivo, en un caso concreto (p, 1).

Asimismo, Enrique Palacio (1968), en su obra “Manual de Derecho Procesal Penal”, define al derecho procesal, diciendo:

La disciplina que tradicionalmente se conoce bajo la denominación de derecho procesal, estudia por una parte el conjunto de actividades que tienen lugar cuando se somete a la decisión de un tribunal judicial o arbitral la solución de determinada clase de conflictos suscitados entre dos o más personas (partes), o cuando se requiere la intervención de un tribunal judicial para que constituya, integre o acuerde eficacia a determinada relación o situación jurídica (p, 13)

Como se evidencia en la doctrina penalista sobre el Derecho Procesal Penal, que es la rama del derecho que regula y resguarda todo el proceso en todas sus fases; en el Ecuador esto no varía ya que es la rama del derecho encargada de prevalecer que se cumplan todas las garantías básicas del debido proceso consagradas en el artículo 76 de la Constitución de la República (2008), aplicables sólo a la materia penal son la presunción de inocencia (numeral 2); la legalidad (numeral 3); favorabilidad e indubio pro reo (numeral 5); y, la proporcionalidad (numeral 6).

1.1 Breve análisis jurídico sobre el Desarrollo del Proceso Penal en el Ecuador

En el caso del delito de peculado el procedimiento ordinario es el más adecuado, toda vez que se deben cumplir con una serie de procedimientos

preestablecidos en la Ley y cumplidos en el órgano judicial, así en este tipo de delito se cumplen las siguientes etapas o fases (Velíz, 2019, pág. 32). Asimismo, se llama procedimiento ordinario a los casos que no son flagrantes.

1.2 Síntesis de las etapas del proceso penal según el Código Orgánico Integral Penal

A continuación, se desarrollará de una manera clara las etapas del proceso penal del delito de peculado en el Ecuador.

1.2.1 La fase de la investigación previa

Para el jurista Jorge Eduardo Alvarado (2019), la indagación previa es “etapa pre-procesal del juicio penal de tránsito por delitos de tránsito; en la cual el Código Orgánico Integral Penal, le concede extraordinarias prerrogativas investigativas, al Fiscal” (p, 1).

Asimismo, Velíz (2019) define a la investigación previa de la siguiente manera:

Es el medio preparatorio al ejercicio de la acción penal, llamada fase previa, preparatoria, pre procesal, en la fase de investigación previa se reunirán los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan a la o al fiscal decidir si formula o no la imputación, (...). (p,32).

El jurista ecuatoriano Jorge Zavala Egas (2002), expresa las características de la investigación previa, dice que:

- No hay imputados con derecho de defensa, pero sí indagados con derecho a ser oídos durante la misma.
- Hay indagados que no tienen por qué ser informados del desarrollo de las indagaciones, pero sí pueden, por iniciativa propia, informarse de las mismas.
- No hay cargos por parte del estado, pero hay imputaciones de terceros.
- Los indagados no tienen de qué defenderse, tan sólo oportunidad de explicar (p, 398).

Por otro lado, el artículo 581 del COIP (2021), contiene las formas de conocer la infracción penal. Sin perjuicio de que la o el fiscal inicie la investigación por sí misma, la noticia sobre una infracción penal podrá llegar a su conocimiento por:

1. Denuncia: Cualquier persona podrá denunciar la existencia de una infracción ante la Fiscalía, Policía Nacional, o personal del Sistema integral o autoridad competente en materia de tránsito. Los que directamente pondrán de inmediato en conocimiento de la Fiscalía.

2. Informes de supervisión: Los informes de supervisión que efectúan los órganos de control deberán ser remitidos a la Fiscalía.

3. Providencias judiciales: Autos y sentencias emitidos por las o los jueces o tribunales.

Para el ejercicio de la acción penal, por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, constituye un presupuesto de procedibilidad que exista un informe previo sobre indicios de la responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado. (p, 95).

De lo cual la Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación pre procesal y procesal penal. (Código Orgánico Integral Penal, 2021, pág. 95).

Asimismo, el Art. 580 del Código Orgánico Integral Penal (2021) expresa sobre la finalidad de la investigación previa, dice que:

Artículo 580.- Finalidades. - En la fase de investigación previa se reunirán los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan a la o al fiscal decidir si formula o no la imputación y de hacerlo, posibilitará al investigado preparar su defensa (p, 95).

1.2.2 La etapa de la instrucción

La Instrucción Fiscal es la primera de las etapas del proceso, en ella no se produce prueba, es netamente investigativa y por excepción pueden hacerse anticipos probatorios cuando el caso amerita, (artículo COIP), ante los Jueces de Garantías Penales. (Andrade, 2015)

En este sentido, el Ar.590 del Código Orgánico Integral Penal (2021) manifiesta que:

Art.590 Finalidad. - La etapa de instrucción tiene por finalidad determinar elementos de convicción, de cargo y descargo, que permita formular o no una acusación en contra de la persona procesada (p, 96).

Por lo cual se inicia con la audiencia de formulación de cargos convocada por el juzgador a petición del fiscal, cuando cuente con los elementos suficientes para deducir una imputación.

Así, en la audiencia de formulación de cargos el fiscal determinará el tiempo de duración de la instrucción, misma que no podrá exceder del plazo máximo de noventa días. De existir los méritos suficientes, el fiscal podrá declarar concluida la instrucción antes del vencimiento del plazo fijado en la audiencia (Velíz Villegas, 2019).

1.2.3 La formulación de cargos.

Desde el artículo 594 hasta el artículo 600 del Código Orgánico Integral Penal (2021) se encuentra regulada la formulación de cargos la misma que menciona:

- la individualización de la persona procesada, incluyendo sus nombres y apellidos y el domicilio, en caso de conocerlo,
- la relación circunstanciada de los hechos relevantes, así como la infracción o infracciones penales que se le imputen,
- los elementos y resultados de la investigación que sirven como fundamento jurídico para formular los cargos,
- para finalmente la solicitud de medidas cautelares y de protección, salidas alternativas al procedimiento o cualquier otro pedido que no afecte al debido proceso (Código Orgánico Integral Penal, 2021).

1.2.4 La etapa de la evaluación y preparatoria del juicio

Los artículos 601, 602, 603 y 604 del Código Orgánico Integral Penal (2021) manifiestan que la etapa de evaluación y preparatoria de juicio tiene como finalidad conocer y resolver sobre cuestiones de procedibilidad,

prejudicialidad, competencia y procedimiento; establecer la validez procesal, valorar y evaluar los elementos de convicción en que se sustenta la acusación fiscal, excluir elementos de convicción que son indebidos, demarcar los temas por debatirse en el juicio oral, anunciar las pruebas que serán practicadas en la audiencia de juicio y aprobar acuerdos probatorios a que llegan las partes (Velíz Villegas, 2019).

1.2.5 Sobreseimiento.

El Art. 600 del Código Orgánico Integral Penal (2021) manifiesta que una vez que se encuentre concluida la instrucción la o el fiscal pedirá al juzgador que señale día y hora para la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, en esta audiencia el fiscal de no acusar, emitirá su dictamen debidamente fundamentado

En armonía con el COIP, el jurista Guillermo Cabanellas (2011), en su obra “Diccionario Elemental Jurídico”, define al sobreseimiento de la siguiente manera:

“el sobreseimiento es la suspensión del procedimiento por insuficiencia o falta de pruebas contra el acusado o al no aparecer cometido el delito supuesto, lo cual determina la liberación del posible detenido y el levantamiento de todas las restricciones existentes contra los acusados”. (p, 462).

Asimismo, en el Art. 605 del Código Orgánico Integral Penal (2021) expresa que

Art. 605 Sobreseimiento. - La o el juzgador dictará auto de sobreseimiento en los siguientes casos:

1. Cuando la o el fiscal se abstenga de acusar y de ser el caso, dicha decisión sea ratificada por el superior.
2. Cuando concluya que los hechos no constituyen delito o que los elementos en los que la o el fiscal ha sustentado su acusación no son suficientes para presumir la existencia del delito o participación de la persona procesada.
3. Cuando encuentre que se han establecido causas de exclusión de la antijuridicidad. (p, 99).

1.2.6 Llamamiento a juicio.

El Código Orgánico Integral Penal, (2021), en su artículo 608 expresa que:
La resolución motivada de llamamiento a juicio incluirá:

1. La identificación del o los procesados.
2. La determinación del o los hechos y el delito acusado por la o el fiscal, así como el grado de participación establecido en la acusación fiscal, la especificación de las evidencias que sustentan la decisión, la cita y pertinencia de las normas legales y constitucionales aplicables.
3. La aplicación de medidas cautelares y de protección no dictadas hasta el momento o la ratificación, revocación, modificación o sustitución de las mismas, dispuestas con antelación.
5. Los acuerdos probatorios que han convenido los sujetos procesales y aprobados por la o el juzgador.
6. Las declaraciones contenidas en el auto de llamamiento a juicio no surtirán efectos irrevocables en el juicio.
7. El acta de la audiencia, conjuntamente con los anticipos probatorios, son los únicos enviados al tribunal y el expediente será devuelto a la o al fiscal. (pág. 99-100)

1.2.7 La etapa del juicio

Jurídicamente corresponde a la tercera etapa del proceso penal oral, es la etapa conclusiva que se basa en la necesidad de la acusación fiscal, Art. 609 del COIP, en donde se inicia con el alegato de apertura (Teoría del caso) y práctica de la prueba anunciada en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio, salvando los anticipos jurisdiccionales de prueba y de ser el caso, la prueba no solicitada oportunamente. En el juicio regirán, de manera taxativa los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción en la actuación probatoria.

Asimismo, en su desarrollo se observarán los principios de continuidad del juzgamiento, concentración de los actos del juicio, identidad física de la o el juzgador y presencia obligatoria de la persona procesada y de la o el defensor público o privado, con las salvedades del juzgamiento en ausencia previstas en la Constitución de la República. (Velíz Villegas, 2019, pág. 35).

Una vez iniciada la audiencia, si al momento de intervenir algún perito o testigo no se encuentra presente o no puede intervenir a través de algún medio telemático, se continuará con los peritos o testigos presentes y demás medios de prueba.

2. Análisis de procesos sobre el delito de Peculado en el Ecuador

2.1 Análisis del Proceso N° 17282 – 2019 – 03379, TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES CON SEDE EN EL CANTÓN CUENCA, ART. 278 DELITO DE PECULADO

2.1.1 Teoría del caso

“LARREA SANCHEZ MARIA SOL, con cedula 171454849-0, de 41 años, domiciliada en esta ciudad de Quito. 2.- RELACION CIRCUNSTANCIADA DE LOS HECHOS: de la Resolución No. PEIMF-2012, que tiene que ver con el proceso de importación de fármacos donde se han emitido dos resoluciones siendo la una la resolución No. CTIESS-066-2012, suscrita por el economista Bolívar Bolaños, la cual fue elaborada por la Dra. Isabel y revisada por la economista LARREA SANCHEZ MARIA SOL, y otros quienes formaban parte de la comisión técnica, en la cual se sugirió se proceda a la adjudicación a las empresas BIO HEALTHCARE Y FLACHIRD BIOTECH INTERNATIONAL, se emitió adicionalmente la resolución No. CTIESS-085-2012, donde se establece una orden de compra a favor de FLACHIRD BIOTECH INTERNATIONAL farmacéuticas, teniendo en cuenta que la resolución no contemplada a esta empresa para la adjudicación. También hay que referirse que este era un proceso de compra a nivel internacional, y una vez revisada el sistema se estableció que en la página web se verifico que existen las empresas antes referidas, y al hacer la revisión de a quien fue emitida la orden de compra, no se pudo establecer la existencia jurídica de las empresas, estableciendo que habría una compañía real y una ficticia. Cuando la subcomisión emitió el informe no fue recogida la misma, refiriendo que no había un estudio ni comparación de precios, con los fármacos que el Ecuador requería importar, especialmente por el IESS, existiendo un perjuicio para el IESS,

por cuando no hay una comparación en el precio de los medicamentos. Las dos empresas eran representadas por una persona, teniendo una similar dirección, por lo que la conducta de la antes mencionada se adecua al art. 278 Inc. 1 del COIP”.

LOS ELEMENTOS DE CONVICCIÓN PARA LA PRESENTE FORMULACIÓN:

- a) Denuncia,
- b) Versión del Dr. Miguel Loja Llanos, director del IESS,
- c) Informes técnicos investigativos,
- d) Orden de detención con fines investigativos,
- e) Copias certificadas que justifica el IESS,
- f) Parte de detención de LARREA SÁNCHEZ MARÍA SOL, 3.5.- Copias certificadas que demuestran la relación de dependencia de Salinas Torres Juan Sebastián, 3.6.- Documento No. 003PEIMPFIESS-2012, 3.7.- Copias del contrato 640000006199, 3.8.- Acta Resumen del sistema SATJE, por el delito de tráfico de influencias en contra de LARREA SÁNCHEZ MARÍA SOL.

MEDIDAS CAUTELARES: Solicito las medidas cautelares las establecidas en el Art. 522 Núm. 1, 2 y 4 del COIP, sugiriendo para las presentaciones que sean cada tres días.

2.1.2 Tipo penal acusado o aplicado

Art. 278, Peculado, numeral 1

2.1.3 Estado del proceso

Se dicta AUTO DE SOBRESEIMIENTO a favor del procesado LARREA SÁNCHEZ MARÍA SOL. De conformidad a lo establecido en el artículo 607 del COIP, se revocan las medidas cautelares ordenadas en la presente causa, para el efecto ofíciase a las entidades pertinentes haciéndoles conocer de esta resolución. En relación a la petición de la señora LARREA SÁNCHEZ MARÍA SOL, de que se califique la denuncia como maliciosa y temeraria.

2.2 Análisis del Proceso N° 01610-2017-00518 TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES CON SEDE EN EL CANTÓN CUENCA, ART. 278 DELITO DE PECULADO.

2.2.1 Teoría del caso

“El día 19 de octubre de 2017, personal de auditoría interna de la Cooperativa de Ahorro y Crédito CREA, en virtud de lo establecido en un plan anual de trabajo realizó una visita in situ en la agencia de la Cooperativa de Ahorro y Crédito del cantón Sígsig, para realizar una auditoría interna, observan el nerviosísimo del procesado Oswaldo Amable Illescas Arcentales, quien aprovecha la ausencia del equipo de trabajo durante un descanso y regresa a la Cooperativa, en donde realiza un retiro de dinero, en la suma total de \$15.000; \$5.000 de la cuenta del socio Armando Eduardo Zúñiga Brito y \$10.000 de la cuenta de la socia Marlene Carpio Aguilar. Los \$5.000 en efectivo fueron ingresados nuevamente a bóveda y los \$10.000 solicita se realice una transferencia entre cajas; es decir, realiza un retiro transaccional; al día siguiente, esto es, el día 20 de octubre de 2017, personal de auditoría llega a tener conocimiento de la eventual transacción, mismas que eran evidentemente diferentes a las firmas registradas e indaga, llegando a tener conocimiento que el señor Illescas Arcentales realizó estas transacciones, pues aproximadamente antes de la visita de las autoridades, había tomado para sí dineros de la bóveda que se encontraban a su cargo y que a través de estas transacciones trató de ocultar el faltante; de lo anterior, Fiscalía probará con la prueba documental la calidad de gerente de la Cooperativa de Ahorro y Crédito CREA del cantón Sígsig del procesado Oswaldo Amable Illescas Arcentales; establecerá que las firmas constantes de las papeletas de retiro no son las que les corresponde a los cuenta ahorristas; se establecerá que los \$15.000 pretendían justificar el dinero que tomó para sí el ciudadano procesado; se establecerá a través de los auditores internos aquellas transacciones; y, el injusto penal que Fiscalía le viene atribuyendo al procesado se acreditará con la prueba con la que se enervará la presunción de inocencia del procesado”.

2.2.2 Tipo penal acusado o aplicado

Art. 278, Peculado, numeral 4

2.2.3 Estado del proceso

Se le impone la pena definitiva de 6 AÑOS 8 MESES DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD; y, conforme el Art. 70 numeral 10 del COIP, se le impone la multa de 27,67, salarios básicos unificados del trabajador en general; en consideración al inciso final del Art. 278 Ibídem, se dispone que el procesado Oswaldo Amable Illescas Arcentales quede incapacitado de por vida para el desempeño de todo cargo público, todo cargo en entidad financiera o entidades de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera.- Se declara con lugar la acusación particular.

En cuanto a la reparación integral a la víctima, considerando la buena fe y lealtad procesal referido tanto por Fiscalía cuanto por la acusación particular de que el procesado Illescas Arcentales ha depositado el valor distraído de \$15.000 dólares conforme consta del documento de depósito de fojas 251 de los autos y de las transacciones inusuales realizadas de las cuentas de los socios Zúñiga Brito y Carpio Aguilar, conforme los estados de cuenta; por lo que, no se ordena el pago de daño de material, más por el daño inmaterial se dispone el pago de 300 dólares; que la pena privativa de libertad la cumplirá en el Centro de Rehabilitación Social Regional Sierra Centro Sur Turi de Cuenca, debiendo descontarse todo el tiempo que haya permanecido detenido por esta causa.- Con costas, las mismas que se fijaran previa liquidación, conforme el Art. 629 del COIP.

En virtud de lo previsto en el Art. 68 del Código Orgánico Integral Penal, el sentenciado Illescas Arcentales no podrá ejercer los derechos de participación por el mismo tiempo de la condena; asimismo de conformidad con lo estatuido en el Art. 56 Ibídem, se dispone la interdicción del sentenciado por el tiempo que dure la condena.

Ejecutoriada esta sentencia, la persona procesada se presentará al cumplimiento de la pena, de no hacerlo se oficiará a las autoridades de la

Policía Judicial para su captura, hecho lo cual, es decir, cuando se verifique su detención y sea legalizada la misma, el señor Secretario del Despacho remitirá copia de la sentencia a la Sala de Sorteos de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, a efectos de que radique la competencia en uno de los Juzgados de Garantías Penitenciarias para efectos del cumplimiento de la pena y reparación integral, conforme lo prevé el Art. 667 del COIP. Ejecutoriada la sentencia se oficiará a la Dirección del Consejo de la Judicatura a fin de que se proceda con el cobro de la multa impuesta. - Las disposiciones legales aplicadas en esta sentencia se encuentran citadas dentro de la misma

2.3 Análisis del Proceso N° 01283-2016-04212 SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRÁNSITO DE LA CORTE PROVINCIAL DE JUSTICIA DE AZUAY

2.3.1 Teoría del caso

“Los días 23, 24 y 25 de septiembre del 2008, en el Hospital Vicente Corral Moscoso, ubicado en la Av. 12 de Abril y Paseo de los Cañaris, aconteció una anomalía, la cual fue detectada por los técnicos de mantenimiento de la casa de máquinas, siendo que en el mentado mes y año, el día 23 laboró Luis Fernández, el día 24 laboró Jorge Guamán; y, el día 25 laboró Pablo Villolta; todos, en turnos desde las 05h00 hasta la 21h00; que el día 23 de septiembre se adquirió la cantidad de 4.000 galones de diésel; los que, fueron recibidos por el ciudadano Luis Fernández; mientras que, el día 24 de septiembre se adquirió la cantidad de 8.000 galones; es decir, un total de 12.000 galones; por ello, para el día 24 de septiembre del 2008 debían existir 15.200 galones; mas, cuando el ciudadano Villolta estuvo en su turno, se dio cuenta de un faltante de 5.340 galones, lo cual generó un perjuicio de \$ 4.300 dólares; hecho que, fue comunicado al ciudadano Carlos Andrade en su calidad de Jefe inmediato; y, posteriormente fue de conocimiento del Gerente del Hospital, quien solicitó un análisis de Contraloría; al respecto, en una reunión mantenida el ahora procesado Guamán Zari manifestó que el combustible se había derramado por unas válvulas dañadas”.

2.3.2 Tipo penal acusado o aplicado

Art. 278, Delito de peculado, inciso 1

2.3.3 Estado del proceso

JORGE PATRICIO GUAMÁN ZARI, de nacionalidad ecuatoriana, portador de la cédula de ciudadanía N° 0101223360, de 64 años de edad, casado, abogado, domiciliado en la vía al Valle, sector Juan Loma, cantón Cuenca, provincia del Azuay, en calidad de autor, del delito tipificado y sancionado en el inciso primero del Art. 257 del Código Penal; y, al haberse evidenciado la concurrencia de circunstancias atenuantes conforme ya se precisó supra considerando NOVENO-, de conformidad con lo prescrito en el inciso cuarto del Art. 72 del C. Penal, se le impone la pena definitiva de CUATRO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA; pena que, la cumplirá en el Centro de Rehabilitación Social Regional Sierra Centro Sur Turi, debiéndose descontarse el tiempo que por esta causa hubiese estado detenido; de igual forma, al procesado GUAMÁN ZARI se le impone la perpetua incapacidad para el desempeño de todo cargo o función pública, para este efecto se oficiara al Ministerio de Trabajo. Se dispone la interdicción civil del procesado, así como se suspenden sus derechos de ciudadanía por un tiempo igual al de la condena.

De conformidad con lo establecido en el Art. 78 de la Constitución de la República del Ecuador en relación con el numeral 6 del Art. 622 del COIP, se condena al procesado GUAMÁN ZARI, a reparar integralmente al Hospital Vicente Corral Moscoso, por los daños y perjuicios ocasionados; por lo tanto, teniendo presente la cuantificación efectuada por la perito Alvarado Córdova, se fija en la suma de \$ 4.378,80 dólares de los Estados Unidos de Norte América, más los intereses de ley, como monto de indemnización por daños materiales e inmateriales que se deberán cancelar; empero lo anterior, esta decisión ya es parte de la reparación integral a las víctimas de la infracción por cuanto constituye el conocimiento de la verdad de los hechos; lo cual, es considerado como un derecho de las mismas. Al procesado GUAMÁN ZARI, se le condena al pago de costas

procesales, mismas que de conformidad con lo prescrito en el numeral 1 del Art. 629 del COIP, serán liquidadas por quien corresponda. Ejecutoriada esta sentencia, el procesado GUAMÁN ZARI, preséntese en el plazo de 05 días para el cumplimiento de la misma; posteriormente, legalícese su detención y remítase copia certificada de la misma al Centro de privación de libertad respectivo

Proceso en el Recurso de apelación

3. Comparación entre el tipo penal de peculado aplicados en cada caso

Como podemos revisar, las sentencias en los 3 procesos no son iguales, en el delito del Proceso N° 17282 – 2019 – 03379, los jueces dictan sobreseimiento y la eliminación de la medida cautelar de la prisión preventiva, a pesar de tener todos los elementos de convicción para ejecutar el poder punitivo a través de Fiscalía.

En el segundo proceso analizado, se puede observar que el perjuicio a una cooperativa privada no supera los USD 10.000, en este contexto queda plasmada la no aplicación del principio de proporcionalidad, ya que al existir un perjuicio millonario al Estado, la procesada queda libre y sin cargos además de la no obligación de resarcir los daños causados, caso que no es igual en el segundo caso que le condenan a pena privativa de la libertad de 6 años 8 meses, asimismo de ejecutar un reparación integral a la Cooperativa afectada y quedar prohibido de ocupar cargos públicos.

En el tercer proceso se pudo evidenciar que al igual no existe una proporcionalidad de la pena, ya que siendo una garantía del Estado aplicarlos, no se hace, ya que el perjuicio es de 4800 dólares, y se impone una pena 4 años en el CRS de Turi, y realizar la reparación integral a la entidad afectada.

Al realizar el análisis de los procesos presentados, queda una visión clara de las falencias de la administración de justicia en el Ecuador, las inobservancias al principio de proporcionalidad, que tiene vacíos de libre

interpretación, ya que da los mismo perjudicar al Estado en 1000 dólares como en 100000, pero con la diferencia de la economía de las personas , ya que un ciudadano común no puede utilizar la economía jurídica a su conveniencia y quedar libre de toda acusación, esto se ve en la actualidad en los casos de peculado y como quedan libren los delincuentes de cuello blanco, a diferencia de las personas comunes.

4. Perjuicio económico al Estado por el Delito de Peculado

Se refiere al perjuicio económico ocasionado por los funcionarios públicos al tesoro nacional, en este tipo de delito malversa los bienes del patrimonio estatal en beneficio propio o de terceros; estos fondos utilizados de manera ilícita podrían ser utilizados en fines sociales o programas estatales de ayuda o en el crecimiento nacional, dineros que podrían ser utilizados a ayudar a terminar con los actos de corrupción. Se debe tener en cuenta que hay un bien jurídico protegido, el cual el Derecho Penal salvaguarda mediante normas y contará con otras normas conexas creadas por los legisladores, que tienen la capacidad para que se autorice los presupuestos del Estado para la oportuna aplicación de los fondos públicos

5. Semejanzas y diferencias entre Peculado y Malversación de Fondos

Semejanzas:

- Utilización de fondos o bienes públicos
- Apropiación dolosa de bienes públicos
- Conocimiento de los actos a ejecutar
- Crecimiento de los patrimonios de los individuos que ejecutan los actos

Diferencias:

- Forma de utilización de fondos, o desvío de capitales
- Personas que intervienen

6. Análisis de las pérdidas económicas sufridas por el Estado por el delito de Peculado.

En la actualidad, \$ 10 millones al día son las pérdidas por la corrupción en Ecuador según las estadísticas del INEC (2020).

Según los estudios realizados por la FLACSO (2021) donde establece la cifra de \$ 35.000 millones en los diez años del Gobierno anterior, pero esto no es una cifra real, ya que no se conoce con exactitud el impacto económico de la corrupción en Ecuador, pero hay estimaciones realizadas por la Comisión Anticorrupción considerando los presupuestos de inversión, el contrabando, la evasión tributaria o la deuda externa.

A continuación, se expone una tabla de los valores de cuanto sería el perjuicio al Estado por los actos de corrupción hasta el año 2018, pero se estima que en la actualidad estos valores son más altos.



Fuente: Fiscalía General del Estado

Como se puede observar, el perjuicio al Estado por delitos de corrupción es bastante grande, pero encabeza el delito de peculado, y esto está en el diario vivir de los ecuatorianos, quedando en manos del poder judicial para poder disminuir estos actos.

CONCLUSIONES

Al terminar el presente trabajo de titulación, he llegado a las siguientes conclusiones:

- El delito de peculado, como el principio de proporcionalidad tiene una larga trayectoria dentro del estudio doctrinario, ya que varios han sido los autores que los han analizado, para determinar un posible desequilibrio dentro de la administración de justicia.
- En el Ecuador, se vulneran el principio de proporcionalidad frente al delito de peculado y los derechos fundamentales consagrados en los artículos 76, numeral 6 de la Carta Magna, de esta manera también se viola el principio In dubio pro reo que garantiza la Constitución.
- La proporcionalidad de la pena del delito de peculado no es clara y concreta, ya que el COIP establece una definición general y no establece los montos de perjuicio al Estado, por lo cual se vulnera el principio de proporcionalidad y la seguridad jurídica a las personas procesadas o con sentencia ejecutoriada.
- El delito de peculado por actos de corrupción afecta directamente al tesoro público nacional.
- La malversación de los fondos, afecta a las públicas de salud, educación y programas de desarrollo social, asimismo el perjuicio del Estado Ecuatoriano.
- En este estudio investigativo, se deja en clara evidencia la falta de aplicación del principio de proporcionalidad en el delito de peculado, lo cual vulnera los derechos constitucionales tanto de las víctimas como de procesados.

RECOMENDACIONES

Para las conclusiones antes expuestas, me permito realizar las siguientes recomendaciones:

- En base a la conclusión que el delito de peculado y el principio de proporcionalidad son un instituto muy complejo ya que varios han sido los doctrinarios que los han analizado y que por la misma razón tienen varias conceptualizaciones, recomiendo que el estudio de esta institución jurídica se realice tomando en cuenta un método científico con el objetivo de no confundir al lector.
- En base a la conclusión que en el Ecuador se vulneran varios principios constitucionales, mediante la aplicación del art. 278 del COIP, la Corte Constitucional siendo el ente rector de la tutela de derechos y principios constitucionales, debe manifestarse estableciendo la inconstitucionalidad de la norma.
- En base a la conclusión en que la proporcionalidad de la pena no es clara y concreta en la aplicación del art. 278 del COIP, se debe reformar al Código Orgánico Integral Penal en su Art.278 del delito de peculado, ya que en la definición existente al no existir gradualidad entre el daño causado y la pena a imponer deja vacíos legales para la libre interpretación sobre el ámbito de su aplicabilidad en los tribunales de justicia.
- En base a la conclusión que la comisión del delito de peculado afecta directamente al tesoro público nacional, la Asamblea en base a su potestad legislativa es quien debe determinar los requisitos y hechos copulativos para la correcta determinación de la pena en la tipificación del delito de peculado, para de esta manera actualizar la norma de manera clara y específica evitando dejar vacíos legales de libre interpretación.
- En base a la conclusión que existe malversación de fondos debe tipificarse de forma correcta este delito existiendo gradualidad o proporcionalidad entre el perjuicio al Estado y la sanción a aplicar para garantizar en lo posible la erradicación de este delito, siendo el

objetivo contar con los recursos económicos necesarios para la ejecución de obras en beneficio de todos los ciudadanos.

- En base a la conclusión que se deja en clara evidencia la falta de aplicación del principio de proporcionalidad en la tipificación del delito de peculado, en el Ecuador, se debería instaurar una tabla donde se estipule o especifique los montos que el funcionario público o como funcionario del Sistema Nacional Bancario hayan perjudicado al Estado, y en base a ello determinar la pena.

Siendo nuestro país, un Estado constitucional de derechos y justicia, es importante que al realizar la tipificación del delito de peculado se tomen en cuenta los preceptos constitucionales de forma cabal, sin dejar vacíos legales de libre interpretación por parte del sistema de justicia, para evitar la vulneración de derechos de las partes procesales y de esta forma garantizar el debido proceso y la seguridad jurídica en el sistema judicial de nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA

- Asamblea Nacional. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi, Manabí, Ecuador: Asamblea Nacional.
- Eduardo Zabala Egas. (2002). *Indagación Previa*. Quito: Edino.
- Aguiar, J. S. (2017). *LAS REFORMAS PENALES EN EL ECUADOR*. Quito: Ediciones Legales.
- Alexy, R. (2015). La teoría del discurso. *BIBLIOTECA JURIDICA UNAM*, 186-205.
doi:<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3088/5.pdf>
- Alvarado, J. E. (13 de 06 de 2019). *DerechoEcuador.com*. Obtenido de DerechoEcuador.com:
<https://www.derechoecuador.com/investigacion-previa>
- Andrade, B. M. (2015). *La determinación legislativa de la pena del delito de peculado frente al principio de proporcionalidad penal*. Quito: UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR.
doi:<http://www.dspace.uce.edu.ec/handle/25000/5309#:~:text=T%C3%ADtulo%20%3A-,La%20determinaci%C3%B3n%20legislativa%20de%20la%20pena%20del%20delito%20de,al%20principio%20de%20proporcionalidad%20penal.&text=Se%20estudia%20el%20principio%20de,en%20el%20bien%20j>
- Antonio, C. M. (1983). *El delito de peculado en el nuevo código penal*. Bogotá.
- Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Monetario y Financiera*. Quito: Registro Oficial N° 332 -- Viernes 12 de septiembre de 2014.
doi:<http://www.pge.gob.ec/documents/Transparencia/antilavado/REGISTROOFICIAL332.pdf>
- Asamblea Nacional. (2016). *LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO*. Quito: Registro Oficial Suplemento 294 de 06-oct.-2010.
- Asamblea Nacional. (2021). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito - Pichincha, Pichincha, Ecuador: Zona Legal. doi:Registro Oficial Numero 180
- Balmaceda, G. (2014). *LA MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS Y EL FRAUDE AL FISCO EN EL DERECHO PENAL CHILENO*.

REVISTA DE DERECHO UNIVERSIDAD SAN SEBASTIÁN, 12-41.
doi:<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5073932.pdf>

- Basadre, J. (1997). *Historia del Derecho Penal Peruano*. Lima: Imprenta de Eusebio Aranda.
- Benalcázar, M. B. (2017). GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO. *Derecho Ecuador*, 1-2.
- Bielsa, R. (1980). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni Editores.
- Cabanellas, G. (2011). *DICCIONARIO ELEMENTAL JURIDICO*. Buenos Aires: Editorial Heliasta.
- CÁCERES, H. (20 de MARZO de 2019). *LA GUIA DEL DERECHO*.
Obtenido de <https://derecho.laguia2000.com/derecho-penal/historia-del-derecho-penal>
- Carbonell, M. (2007). *El principio de proporcionalidad*. Madrid - España: Trotta.
- Carmona, E. (1994). *El principio de igualdad material en la jurisprudencia del tribunal constitucional*. Madrid: Nueva Época.
- Carrara, F. (1865). *Breve ensayo del peculado*.
- Carrara, F. (1956). *Programa de Derecho Criminal*. Bogotá - Colombia: Editorial Temis.
- Carrasquillas, J. F. (2006). *Derecho Penal Liberal de Hoy*. Bogotá - Colombia: Editorial Gustavo Ibáñez.
- Coll, F. (2020). Intermediación financiera. *Economipedia*, 1.
doi:<https://economipedia.com/definiciones/intermediacion-financiera.html>
- Congreso Nacional. (1971). *CÓDIGO PENAL*. Quito - Ecuador: Lexis.
- Congreso Nacional. (2000). *Código de Procedimiento Penal*. Quito - Ecuador: Registro Oficial.
- Congreso Nacional. (2003). *Reglamento a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*. Quito: Lexis. doi:Decreto Ejecutivo 548, en el Registro Oficial No. 119 de 7

- Contraloría General Del Estado. (2017). *la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*. Quito, Ecuador: Field Web, Evolución Jurídica. doi:Registro Oficial No. 595 , 12 de Junio 2002
- Córdova, J. (2016). *Inhabilidades e incompatibilidades*. Bogotá: Corte Constitucional, Sentencia C-348/04, Abril 20.
- Cornejo, S. (2015). ANÁLISIS DEL DELITO DE PECULADO. *DerechoEcuador.com*, 1.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1985). Opinión Consultiva 5/85. *CIDH*, 2. doi:https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_01_esp1.pdf
- Creus, C. (1998). *Derecho Penal Parte Especial Tomo II*. Buenos Aires - Argentina: Editorial Astrea.
- Cueva, L. (2006). *Teoría, Práctica y Jurisprudencia*. Quito - Ecuador: Ediciones Cueva-Carrión de la Cuesta P. (1998). doi:Tipicidad e imputación objetiva Mendosa – Argentina. Ediciones Jurídicas Cuyo [Archivo Web].
- Días, M. (1975). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires - Argentina: Editorial Plus Ultra.
- Diez, M. M. (1985). *Manual de Derecho Administrativo*. Buenos Aires - Argentina: Editorial Plus Ultra.
- Donna, E. (2009). *Derecho penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Flores, G. (2016). *Manual de Práctica Procesal en los juicios de Peculado* (Vol. II). Quito - Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Galindo, J. G. (2014). Ley del Talión. *La voz del Derecho*, 15.
- García, A. (1979). *Ciencia del Estado* (Cuarta Edición ed.). Quito, Pichincha, Ecuador: Casa de la Cultura Ecuatoriana.
- García, J. (2015). *Análisis jurídico teórico Práctico del Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Lexis.
- Gómez, E. A. (2016). *MANUAL DE DERECHO PENAL ECUATORIANO*. Quito: Ediciones Legales.
- Granja, P. (2014). El principio de proporcional. *Derecho Ecuador.com*, 2.

- Hidalgo, P. E. (2016). EL DELITO DE PECULADO. *Derecho Penal Ecuador*, 25-36. doi:<https://www.derechoecuador.com/el-delito-de-peculado>
- Jara, A. L. (2018). Delitos contra la eficiencia de la administración pública ecuatoriana. Caso de estudio: Morona Santiago. *Apuntes Contables*, 143-156. doi:<https://doi.org/10.18601/16577175.n22.09>.
- Jefatura del Estado - LEGISLACIÓN CONSOLIDADA. (1995). *Código Penal*. Madrid, España. doi:Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- López, A. (2011). *Servidor Público*. Quito. doi:<http://courseware.url.edu.gt/Facultades/Facultad%20de%20Ciencias%20Pol%C3%ADticas%20y%20Sociales/Gesti%C3%B3n%20P%C3%ABlica%20Territorial/Modulo%205/Tema4/Tema4/index.html>
- López, J. (2016). Intermediarios financieros. *Economipedia.com*, 1.
- Machicado, J. (2020). La doctrina es la luz del Derecho. *Apuntes Jurídicos*, 12 - 13.
- Magallanes, M. (2016). *Población penitenciaria extranjera en el Ecuador y la legislación internacional de repatriación personas sentenciadas colombianas a su origen. El caso del CRS de varones de Quito N° 2*. QUITO: INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES. Obtenido de <https://repositorio.iaen.edu.ec/bitstream/24000/42/1/CD-IAEN-0045.pdf>
- Marcos, M. (2004). Pecunia. Historia de un vocablo. *PECVNIA - Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales*, 1 - 12. doi:revpubli.unileon.es/index.php/Pecvnia/article/download/4212/3133
- Ministerio de Justicia. (2018). *CÓDIGO PENAL*. Santiago - Chile: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. doi:http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_chl_cod_penal.pdf
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2018). *CÓDIGO PENAL DE LA NACIÓN ARGENTINA*. Buenos Aires - Argentina: Información Legislativa. doi:<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>

- Muñoz, F. C., & Arán, M. G. (2010). *“Derecho penal. Parte general”*. Valencia - España: Tirant lo Blanch Libros.
- Nacional, C. (2003). *Reglamento a la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado* (2017 ed.). Quito, Pichincha, Ecuador: Lexis. doi:Registro Oficial 119 de 07-jul.-2003
- Nájera, C. P. (2020). *La proporcionalidad de la pena en el delito de peculado y los principios de igualdad y seguridad jurídica*. Ambato - Ecuador: Uniandes. Obtenido de <https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/11137/1/PIUA AB009-2020.pdf>
- Ochoa, B. (2017). *EL SUJETO ACTIVO EN EL DELITO DE PECULADO EN EL ECUADOR Y CRÍTICA AL TIPO PENAL EN EL COIP*. Cuenca - Ecuador: Universidad de Cuenca. doi:Repositorio de la FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES - CARRERA DE DERECHO
- Ordoñez, F. (2016). *Delitos contra la eficiencia de la administración pública, legislación ecuatoriana y tratados internacionales: juzgamiento en ausencia*. Cuenca - Ecuador: Universidad del Azuay. doi:<http://dspace.uazuay.edu.ec/handle/datos/6568>
- Ordóñez, H. J. (1999). *La Actividad Jurídica de la Administración*. Loja-Ecuador: Ediciones Legales.
- Pacheco, P. (1977). *Derecho Penal Especial*. Bogotá - Colombia: Ediciones Legales.
- Palacio, E. (1968). *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Abellido-Perrot.
- Palladino Pellon. (2018). *¿Qué es el derecho penal? Abogados penalistas*, 2. doi:<https://www.palladinopellonabogados.com/definicion-de-derecho-penal/>
- Paredes, C. B. (2007). *EL DELITO DE PECULADO EN EL ECUADOR*. Quito- Ecuador: UASB. doi:PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL
- Peña, E. d. (1986). *Estudio del peculado*. México DF: Librería Jurídicas Wilches.
- Puig, S. (2003). *INTRODUCCIÓN A LAS BASES DEL DERECHO PENAL*. ARGENTINA: Editores S.R.L.

- RAE. (2020). *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico de la Real Academia Lengua*. Madrid: RAE.
doi:<https://dpej.rae.es/lema/principio-de-proporcionalidad>
- Sambache, J. (2019). Teoría del Delito. *Derecho.com*, 2.
doi:<https://www.derechoecuador.com/teoria-del-delito>
- Solarte, A. (2004). *Los actos ilícitos en el Derecho Romano*. Bogotá - Colombia: Vniversitas. doi:[Archivo PDF]. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/825/82510718.pdf>
- Superintendencia de Bancos. (20 de Julio de 2021). *Glosario de Terminos*. Obtenido de superintendencia de Bancos:
<https://www.superbancos.gob.ec/bancos/glosario-de-terminos/>
- Sutherland, E. (1950). *White Collar Crime*. American Sociological Review.
doi:https://is.muni.cz/el/1423/podzim2015/BSS166/um/Sutherland._1940._White-collar_Criminality.pdf
- Torres, M. A. (2010). *EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE MINIMA INTERVENCIÓN PENAL, Y LA NECESIDAD DE DESARROLLAR UN MARCO LEGAL PARA SU EFECTIVA APLICACIÓN*. Loja, Ecuador: UNL . Obtenido de <https://dspace.unl.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/9419/1/Marco%20Boris%20Aguirre%20Torres.pdf>
- Unión Europea. (2007). *La Convención o Carta Europea de Derechos Humanos*. Madrid: UE.
- Velíz, S. (2019). *La prejudicialidad previa a la acción penal en el delito de peculado*. Quito: Repositorio Digital UNIANDÉS.
doi:<https://secure.orkund.com/view/document/54279090-500754-189564/download>
- Yupanqui, Y. (2017). *El principio de proporcionalidad en las sanciones tipificadas en el Código Orgánico Integral Penal sobre materia Tributaria*. Quito: Tesis UASB.
- Zaffaroni, E. R., Santamaría, R. Á., & Alcívar, M. F. (2009). *La Constitucionalización del Derecho Penal*. Quito: Ministerio de Justicia.
- Zambrano, G., & Pesantes, H. S. (2005). *DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA*. QUITO - ECUADOR: © ILDIS.

ANEXOS

FUNCIÓN JUDICIAL

REPÚBLICA DEL ECUADOR

www.funcionjudicial.gob.ec

UNIDAD JUDICIAL PENAL CON SEDE EN LA PARROQUIA IÑAQUITO DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO, PROVINCIA DE PICHINCHA

No. proceso: 17282-2019-03379
No. de Ingreso: 1
Acción/Infracción: 278 PECULADO
Actor(es)/Ofendido(s): FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
Demandado(s)/Procesado(s): LARREA SANCHEZ MARIA SOL

Fecha	Actuaciones judiciales
24/06/2020 12:34:03	OFICIO A ENTIDADES PUBLICAS

Señores Dirección Nacional de Migración y Extranjería UNIDAD JUDICIAL PENAL CON SEDE EN LA PARROQUIA IÑAQUITO DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO, PROVINCIA DE PICHINCHA DE PICHINCHA. Quito, miércoles 10 de junio del 2020, las 12h19. VISTOS. En mi calidad de Juez de la Unidad Judicial de Garantías Penales con sede en el Distrito Metropolitano de Quito. PRIMERO. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA: El suscrito de conformidad con el Art. 151 del Código Orgánico de la Función Judicial tiene potestad Jurisdiccional; y, en concordancia con el artículo 225 del Código Orgánico de la Función Judicial. SEGUNDO. VALIDEZ PROCESAL: En la sustanciación del presente proceso no se han omitido solemnidades sustanciales que puedan afectar la validez del proceso, por tanto se ha sustanciado conforme las normas del debido proceso; tampoco se ha vulnerado derecho de protección alguno, por lo que se declara la validez de la presente causa. TERCERO. NOMBRES Y APELLIDOS DE LA PERSONA PROCESADA: LARREA SANCHEZ MARÍA SOL, con cedula de ciudadanía número 1714548490, de 41 años de edad, de estado civil casada y de instrucción superior, domiciliada en esta ciudad de Quito. ANTECEDENTES. Con fecha 01 de diciembre del 2019, el Juez de la Unidad e Garantías Penales con competencia Flagrante dio inicio la formulación de cargos e inicio a la Instrucción Fiscal de conformidad con el Art. 595 del Código Orgánico Integral Penal, en contra de LARREA SANCHEZ MARÍA SOL, por el presunto delito de Peculado tipificado y sancionado en el artículo 278 inciso 1 del Código Orgánico Integral Penal, en la que el juez competente ha impuesto medias cautelares previstas en el artículo 522 numerales 1, 2 y 3 del COIP. Con fecha 27 de febrero del 2020, esta juzgadora realiza audiencia de revisión e medidas cautelares e impone la medida cautelar prevista en el artículo 522 numeral 1 del COIP. Con fecha 13 de marzo del 2020, se ingresa en ésta Judicatura el dictamen no acusatorio emitido por el Dr. Castilla Ardila Alex Fernando, Fiscal de Pichincha, sin ser necesario elevar a consulta, por cuanto el delito, por el cual se dio inicio a la instrucción fiscal no tiene una pena privativa de libertad de más de quince años, y revisado que ha sido el expediente judicial, no existe acusación particular. QUINTO: MOTIVACIÓN POSITIVO JURIDICA: La Fiscalía como titular de la acción penal conforme lo dispone el Art. 195 de la Constitución de la República y 411 del Código Orgánico Integral Penal, en consideración a los elementos que ha recabado, se abstuvo de acusar a la procesada de nombres LARREA SANCHEZ MARÍA SOL, acto procesal que imposibilita jurídicamente llevar a juicio a una persona, y así lo dispone el artículo 609 del Código Orgánico Integral Penal, al señalar: "El juicio es la etapa principal del proceso. Se sustancia sobre la base de la acusación fiscal"; lo cual tiene lógica jurídica, pues, la separación del ámbito jurisdiccional (juzgador) y la acusación (fiscal), es la confirmación del sistema acusatorio y la garantía de un debido proceso, por lo que, la Fiscalía es la única que tiene la potestad de incoar la acción penal de ejercicio público y de acusar, por tanto, a falta de la acusación se origina el impedimento de proseguir con el juicio, de esta manera llegando el proceso a su fin. Al respecto la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia dentro del juicio penal No. 8042012 resolución No. 15962012; al referirse a la normativa legal que establece que sin acusación fiscal no hay juicio, se pronuncia en los siguientes términos "para la prosecución del proceso, es necesario que el Fiscal, acuse al o los acusados, determinando el grado de responsabilidad de cada uno de ellos, en el hecho delictual, caso contrario, esto es, de abstenerse el fiscal de acusar, entonces no le queda otra alternativa al juzgador, que por falta de acusación fiscal, dictar sentencia confirmatoria de inocencia"; esta posibilidad, puede presentarse también en etapas anteriores a las de juicio. Por tales consideración en virtud, de lo antes expuesto siendo el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, Social, Democrático, Soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico conforme lo estatuye el Art. 1 de la Constitución de la República, con goce de protección especial, teniendo como facultad y competencia para garantizar los derechos de las partes procesales, observando los principios establecidos tanto en nuestra Constitución como en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, y, como Jueza de Garantías Penales, vigilante del debido proceso, con observancia a los principios

Fecha Actuaciones judiciales

establece que sin acusación fiscal no hay juicio, se pronuncia en los siguientes términos “…para la prosecución del proceso, es necesario que el Fiscal, acuse al o los acusados, determinando el grado de responsabilidad de cada uno de ellos, en el hecho delictual, caso contrario, esto es, de abstenerse el fiscal de acusar, entonces no le queda otra alternativa al juzgador, que por falta de acusación fiscal, dictar sentencia confirmatoria de inocencia… esta posibilidad, puede presentarse también en etapas anteriores a las de juicio…”. Por tales consideración en virtud, de lo antes expuesto siendo el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, Social, Democrático, Soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico conforme lo estatuye el Art. 1 de la Constitución de la República, con goce de protección especial, teniendo como facultad y competencia para garantizar los derechos de las partes procesales, observando los principios establecidos tanto en nuestra Constitución como en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, y, como Jueza de Garantías Penales, vigilante del debido proceso, con observancia a los principios legales enunciados, a una justicia sin dilaciones y a fin de preservar el equilibrio de los sujetos procesales, y garantizando lo establecido en los Arts. 75, 76 numeral 1, 7 letra k, 82 y 172 de la Constitución de la República y en estricta aplicación del principio de legalidad, y en virtud de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 605 del Código Orgánico Integral Penal, dictó AUTO DE SOBRESEIMIENTO a favor del procesado LARREA SANCHEZ MARÍA SOL. De conformidad a lo establecido en el artículo 607 del COIP, se revocan las medidas cautelares ordenadas en la presente causa, para el efecto ofíciase a las entidades pertinentes haciéndoles conocer de esta resolución. En relación a la petición de la señora LARREA SANCHEZ MARÍA SOL, de que se califique la denuncia como maliciosa y temeraria esta autoridad señala: Con relación a la malicia y temeridad de la denuncia es importante indicar lo señalado por el Dr. Ricardo Vaca Andrade en su obra “Derecho Procesal Penal Ecuatoriano” Tomo 1 (2014: 478) señala: “Esta declaratoria (…) significa, según el caso, que la denunciante ha actuado con MALICIA, esto es, con “maldad, malignidad, dolo, mala intención propensión al mal moral, inclinación a sospechar del prójimo, doblez, encubierto designio, interpretación malévola, dicho atrevido”, según algunas acepciones recogidas por G. CABANELLAS en su diccionario de Derecho Usual; o con TEMERIDAD acción arriesgada a la que no precede un examen meditado sobre los peligros que puede acarrear; o mediante juicio temerario que es el formulado sin la debida razón y fundamento”, conforme lo expuesto para que la denuncia sea calificada de temeraria, no es únicamente necesario que no se pruebe lo denunciado sino que se haya obrado 1.con la intención de causar daño. 2.de forma apresurada y sin la debida razón o fundamento. Al respecto es necesario analizar lo que la jurisprudencia y la doctrina determinan con conexión a lo que es la malicia y temeridad, en pocas palabras, la temeridad implica una actuación imprudente, deliberada, sin fundamento y más allá de los legítimos derechos. Así mismo, por malicia se entiende, toda actuación que tienen en mira causar perjuicio o hacer el mal, desprovista de un deseo o derecho legítimo, respondiendo a un interés cargado de mala intención y que plantea la acción con la única pretensión de causar un agravio al accionado, en el caso subjujice, el estado del proceso no permite, ni demuestra elementos para que la denuncia sea calificada de maliciosa y temeraria, por cuanto Fiscalía General del Estado con la titularidad que los artículos 195 de la Constitución y 410 y 411 del Código Orgánico Integral Penal le concede la titularidad de la acción pública y bajo el principio de objetividad y legalidad ha presentado su abstención, razón por la cual esta Juzgadora no califica la denuncia como maliciosa ni temeraria. Actúe el Ab. Mercedes Guamushig en calidad de Secretaria de esta Unidad Judicial. NOTIFIQUESE.

22/06/2020 RAZON DE EJECUTORIA**10:07:26**

RAZON: Siento por tal para los fines legales consiguientes, que la sentencia de fecha miércoles 10 de junio del 2020, las 12h19, dentro de la causa No. 17282-2019-03379 y revisado el sistema SATJE, no hay presentación de escrito alguno solicitando recurso, en tal virtud la sentencia que antecede se encuentra ejecutoriada por el por el Ministerio de la Ley. Certifico.- Quito, 22 de junio del 2020 Abg. Jacylín De Resende SECRETARIA DE LA UNIDAD JUDICIAL PENAL DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO PROVINCIA DE PICHINCHA

10/06/2020 SOBRESSEIMIENTO**12:19:00**

Quito, miércoles 10 de junio del 2020, las 12h19, VISTOS.- En mi calidad de Juez de la Unidad Judicial de Garantías Penales con sede en el Distrito Metropolitano de Quito.- PRIMERO.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA: El suscrito de conformidad con el Art. 151 del Código Orgánico de la Función Judicial tiene potestad Jurisdiccional; y, en concordancia con el artículo 225 del Código Orgánico de la Función Judicial.- SEGUNDO.- VALIDEZ PROCESAL: En la sustanciación del presente proceso no se han omitido solemnidades sustanciales que puedan afectar la validez del proceso, por tanto se ha sustanciado conforme las normas del debido proceso; tampoco se ha vulnerado derecho de protección alguno, por lo que se declara la validez de la presente causa.- TERCERO.- NOMBRES Y APELLIDOS DE LA PERSONA PROCESADA: LARREA SANCHEZ MARÍA SOL, con cedula de ciudadanía número 1714548490, de 41 años de edad, de estado civil casada y de instrucción superior, domiciliada en esta ciudad de Quito. ANTECEDENTES.- Con fecha 01 de diciembre del 2019, el Juez de la Unidad e Garantías Penales con competencia Flagrante dio inicio la formulación de cargos e inicio a la Instrucción Fiscal de conformidad con el Art. 595 del Código Orgánico Integral Penal, en contra de LARREA SANCHEZ MARÍA SOL, por el presunto delito de Peculado tipificado y

Fecha Actuaciones judiciales

sancionado en el artículo 278 inciso 1 del Código Orgánico Integral Penal, en la que el juez competente ha impuesto medidas cautelares previstas en el artículo 522 numerales 1, 2 y 3 del COIP. Con fecha 27 de febrero del 2020, esta juzgadora realiza audiencia de revisión e medidas cautelares e impone la medida cautelar prevista en el artículo 522 numeral 1 del COIP. Con fecha 13 de marzo del 2020, se ingresa en ésta Judicatura el dictamen no acusatorio emitido por el Dr. Castilla Ardila Alex Fernando, Fiscal de Pichincha, sin ser necesario elevar a consulta, por cuanto el delito, por el cual se dio inicio a la instrucción fiscal no tiene una pena privativa de libertad de más de quince años, y revisado que ha sido el expediente judicial, no existe acusación particular.-QUINTO: MOTIVACIÓN POSITIVO JURIDICA: La Fiscalía como titular de la acción penal conforme lo dispone el Art. 195 de la Constitución de la República y 411 del Código Orgánico Integral Penal, en consideración a los elementos que ha recabado, se abstuvo de acusar a la procesada de nombres LARREA SANCHEZ MARÍA SOL, acto procesal que imposibilita jurídicamente llevar a juicio a una persona, y así lo dispone el artículo 609 del Código Orgánico Integral Penal, al señalar: "El juicio es la etapa principal del proceso. Se sustancia sobre la base de la acusación fiscal."; lo cual tiene lógica jurídica, pues, la separación del ámbito jurisdiccional (juzgador) y la acusación (fiscal), es la confirmación del sistema acusatorio y la garantía de un debido proceso, por lo que, la Fiscalía es la única que tiene la potestad de incoar la acción penal de ejercicio público y de acusar, por tanto, a falta de la acusación se origina el impedimento de proseguir con el juicio, de esta manera llegando el proceso a su fin.- Al respecto la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia dentro del juicio penal No. 804-2012 resolución No. 1596-2012; al referirse a la normativa legal que establece que sin acusación fiscal no hay juicio, se pronuncia en los siguientes términos "...para la prosecución del proceso, es necesario que el Fiscal, acuse al o los acusados, determinando el grado de responsabilidad de cada uno de ellos, en el hecho delictual, caso contrario, esto es, de abstenerse el fiscal de acusar, entonces no le queda otra alternativa al juzgador, que por falta de acusación fiscal, dictar sentencia confirmatoria de inocencia... esta posibilidad, puede presentarse también en etapas anteriores a las de juicio...". Por tales consideración en virtud, de lo antes expuesto siendo el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, Social, Democrático, Soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico conforme lo estatuye el Art. 1 de la Constitución de la República, con goce de protección especial, teniendo como facultad y competencia para garantizar los derechos de las partes procesales, observando los principios establecidos tanto en nuestra Constitución como en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, y, como Jueza de Garantías Penales, vigilante del debido proceso, con observancia a los principios legales enunciados, a una justicia sin dilaciones y a fin de preservar el equilibrio de los sujetos procesales, y garantizando lo establecido en los Arts. 75, 76 numeral 1, 7 letra k, 82 y 172 de la Constitución de la República y en estricta aplicación del principio de legalidad, y en virtud de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 605 del Código Orgánico Integral Penal, dictó AUTO DE SOBRESEIMIENTO a favor del procesado LARREA SANCHEZ MARÍA SOL. - De conformidad a lo establecido en el artículo 607 del COIP, se revocan las medidas cautelares ordenadas en la presente causa, para el efecto ofíciase a las entidades pertinentes haciéndoles conocer de esta resolución. En relación a la petición de la señora LARREA SANCHEZ MARÍA SOL, de que se califique la denuncia como maliciosa y temeraria esta autoridad señala: Con relación a la malicia y temeridad de la denuncia es importante indicar lo señalado por el Dr. Ricardo Vaca Andrade en su obra "Derecho Procesal Penal Ecuatoriano" Tomo 1 (2014: 478) señala: "Esta declaratoria (...) significa, según el caso, que la denunciante ha actuado con MALICIA, esto es, con "maldad, malignidad, dolo, mala intención propensión al mal moral, inclinación a sospechar del prójimo, doblez, encubierto designio, interpretación malévola, dicho atrevido", según algunas acepciones recogidas por G. CABANELLAS en su diccionario de Derecho Usual; o con TEMERIDAD acción arriesgada a la que no precede un examen meditado sobre los peligros que puede acarrear; o mediante juicio temerario que es el formulado sin la debida razón y fundamento", conforme lo expuesto para que la denuncia sea calificada de temeraria, no es únicamente necesario que no se pruebe lo denunciado sino que se haya obrado 1.- con la intención de causar daño. 2.- de forma apresurada y sin la debida razón o fundamento. Al respecto es necesario analizar lo que la jurisprudencia y la doctrina determinan con conexión a lo que es la malicia y temeridad, en pocas palabras, la temeridad implica una actuación imprudente, deliberada, sin fundamento y más allá de los legítimos derechos. Así mismo, por malicia se entiende, toda actuación que tienen en mira causar perjuicio o hacer el mal, desprovista de un deseo o derecho legítimo, respondiendo a un interés cargado de mala intención y que plantea la acción con la única pretensión de causar un agravio al accionado, en el caso sub-judice, el estado del proceso no permite, ni demuestra elementos para que la denuncia sea calificada de maliciosa y temeraria, por cuanto Fiscalía General del Estado con la titularidad que los artículos 195 de la Constitución y 410 y 411 del Código Orgánico Integral Penal le concede la titularidad de la acción pública y bajo el principio de objetividad y legalidad ha presentado su abstención, razón por la cual esta Juzgadora no califica la denuncia como maliciosa ni temeraria.- Actúe el Ab. Mercedes Guamushig en calidad de Secretaria de esta Unidad Judicial.- NOTIFIQUESE.-

28/05/2020 ESCRITO

11:07:46

Escrito, FePresentacion

19/05/2020 PROVIDENCIA GENERAL

FUNCIÓN JUDICIAL

REPÚBLICA DEL ECUADOR

www.funcionjudicial.gob.ec

TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES CON SEDE EN EL CANTÓN CUENCA

No. proceso: 01610-2017-00518
No. de Ingreso: 1
Acción/Infracción: 278 PECULADO, INC.4
Actor(es)/Ofendido(s): FISCALIA GENERAL DEL ESTADO
PATRICIO BARZALLO MENDIETA
Demandado(s)/Procesado(s): ILLESCAS ARCENTALES OSWALDO AMABLE

Fecha	Actuaciones judiciales
13/08/2021 08:15:53	PROVIDENCIA GENERAL Agréguese a los autos el escrito presentada por el Ing. Marcelo Guamán Coordinador de Negocios COAC. “FERNANDO DAQUILEMA” LTDA téngase en cuenta lo manifestado para los fines legales pertinentes.- Notifíquese.
11/08/2021 10:26:47	ESCRITO Escrito, FePresentacion
06/08/2021 16:49:04	PROVIDENCIA GENERAL Agréguese a los autos el escrito presentada por la Dra. Silvia Balarezo B. Procurador Judicial del Banco de Desarrollo de los Pueblos S.A., téngase en cuenta lo manifestado para los fines legales pertinentes.- Notifíquese.
16/07/2021 09:59:51	ESCRITO Escrito, FePresentacion
09/07/2021 15:56:17	PROVIDENCIA GENERAL Agréguese a los autos el oficio presentado por el Ab. Luis Alfonso Chango Pacha Gerente General de la Cooperativa de ahorro y crédito Mushuc Runa Ltda., téngase en cuenta lo manifestado para los fines legales pertinentes. Notifíquese.
07/07/2021 15:25:08	ESCRITO Escrito, FePresentacion
30/06/2021 08:53:40	PROVIDENCIA GENERAL Agréguese a los autos los oficios presentados por las instituciones financieras, téngase en cuenta lo manifestado para los fines legales pertinentes. Notifíquese.
28/06/2021 12:00:02	ESCRITO Escrito, FePresentacion
28/06/2021 09:35:22	ESCRITO Escrito, FePresentacion

Fecha Actuaciones judiciales

Azuay, con la única finalidad de hacer conocer el contenido de esta disposición judicial.- El Tribunal se encuentra integrado por los jueces Carmita Campoverde Campoverde, Pedro Ordóñez Santacruz y Patricia Inga Galarza.- Notifíquese y Cúmplase.

26/05/2021 RAZON**10:53:04**

RAZON: Siento como tal que el sentenciado OSWALDO AMABLE ILLESCAS ARCENTALES, no ha comparecido ante el tribunal a cumplir con la pena impuesta en el plazo que le fuera concedido.- Certifico.-

Cuenca, 26 de mayo de 2021

Juan Manzano

Crespo SECRETARIO DEL TRIBUNAL

19/05/2021 PROVIDENCIA GENERAL**08:28:21**

Vistos: Por cuanto la sentencia emitida en la presente causa ha causado estado, conforme la razón actuarial que antecede; por tanto oficiase a la Dirección del Consejo de la Judicatura a fin de que se proceda con el cobro de la multa impuesta al sentenciado Oswaldo Amable Illescas Arcentales; así mismo, se dispone oficiar a las Autoridades correspondientes haciendo conocer que Oswaldo Amable Illescas Arcentales quedó incapacitado de por vida para el desempeño de todo cargo público, todo cargo en entidad financiera o entidades de Economía Popular y Solidaria y que realicen intermediación, se adjuntará una copia certificada de la sentencia, con la razón de ejecutoriada.- Se le concede al sentenciado el plazo de 48 horas para que comparezca al cumplimiento de la pena privativa de libertad, hecho lo cual gírese la boleta constitucional legalizando la detención.- Hágase saber.

18/05/2021 RAZON DE EJECUTORIA**10:48:50**

RAZON: Siento como tal que la sentencia que antecede se encuentra ejecutoriada por el Ministerio de la Ley. - Certifico. - Cuenca, 18 de mayo de 2021 Juan Manzano Crespo SECRETARIO DEL TRIBUNAL

11/05/2021 SENTENCIA CONDENATORIA**11:28:48**

VISTOS: En la ciudad de Cuenca, el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Cuenca, Provincia del Azuay, integrado por los doctores: Carmita Campoverde Campoverde, Pedro Ordoñez Santacruz; y, Patricia Inga Galarza, como Jueza ponente, en los días y horas previamente señalados para inicio y respectivas continuaciones se constituyó en audiencia oral, pública y contradictoria a fin de resolver la situación jurídica del procesado Oswaldo Amable Illescas Arcentales, sobre la base del auto de llamamiento a juicio dictado por el señor Juez de la Unidad Judicial Multicompetente del cantón Sigsig, Dr. Jorge Leonidas Gárate Andrade, por presumir su participación como autor del delito de peculado, tipificado y sancionado en el Art. 278 inciso 4 del Código Orgánico Integral Penal [1], en relación con el Art. 42.1.a) ibídem (sic).- En la audiencia, Fiscalía General del Estado, está representada por el Dr. Adrián Rojas Calle, Fiscal del Azuay; el acusador particular la Cooperativa de Ahorro y Crédito CREA LTDA, en la persona de su Gerente y Representante legal, Ing. Mario Patricio Barzallo Mendieta, quien intervino a través de su procurador judicial Abg. Juan Carlos Salazar, conforme la documentación que obra de autos [2]; y, la persona procesada Oswaldo Amable Illescas Arcentales [3], quien no compareció en audiencia, fue representado en la defensa técnica por el Dr. Danilo Faican Auquilla y la Dra. Viviana Alexandra Regalado León.- Luego de la deliberación prevista en el Código Orgánico Integral Penal [4], se concluyó por parte del Tribunal, con voto unánime, declarando la culpabilidad de la persona procesada, decisión que fue dada a conocer en forma oral, por lo que corresponde procesalmente emitir en forma escrita la sentencia, con las consideraciones que motivaron esta decisión: PRIMERO.- Jurisdicción y Competencia: El Tribunal es competente en virtud de lo dispuesto en los Arts. 150, 156, 221 y 222 del Código Orgánico de la Función Judicial; en concordancia a lo establecido en la Resolución 13-2016 del Pleno del Consejo de la Judicatura; en correlación a lo estatuido en el Art. 402 del Código Orgánico Integral Penal; y, en razón del sorteo efectuado en la Oficina de Sorteos.- SEGUNDO.- En la sustanciación procesal y básicamente dentro de la audiencia de juicio, la tramitación de la causa se ha efectuado con aplicación de las normas vigentes del Código Orgánico Integral Penal; y, no se ha inobservado norma procesal alguna que haya violentado el derecho de las partes, en lo relacionado al debido proceso y sus garantías básicas; amén de que, las partes procesales intervinientes, luego de instalada la audiencia -dentro de su legítimo derecho- no han efectuado alegaciones de nulidad como las contempladas en el Art. 652 del Código Orgánico Integral Penal; en consecuencia, no se ha omitido solemnidad sustancial alguna que viole el procedimiento, por lo que se declara su validez.- TERCERO.- Alegatos de apertura [5]: A.- Fiscalía General del Estado: expuso: El día 19 de octubre de 2017, personal de auditoría interna de la Cooperativa de Ahorro y Crédito CREA, en virtud de lo establecido en un plan anual de trabajo realizó una visita in situ en la agencia de la Cooperativa de Ahorro y Crédito del cantón Sigsig, para realizar una auditoría interna, observan el nerviosísimo del procesado Oswaldo Amable Illescas Arcentales, quien aprovecha la ausencia del equipo de trabajo durante un descanso y regresa a la Cooperativa, en donde realiza un retiro de dinero, en la suma total de

Fecha	Actuaciones judiciales
--------------	-------------------------------

\$15.000; \$5.000 de la cuenta del socio Armando Eduardo Zúñiga Brito y \$10.000 de la cuenta de la socia Marlene Carpio Aguilar. Los \$5.000 en efectivo fueron ingresados nuevamente a bóveda y los \$10.000 solicita se realice una transferencia entre cajas; es decir, realiza un retiro transaccional; al día siguiente, esto es, el día 20 de octubre de 2017, personal de auditoría llega a tener conocimiento de la eventual transacción, mismas que eran evidentemente diferentes a las firmas registradas e indaga, llegando a tener conocimiento que el señor Illescas Arcentales realizó estas transacciones, pues aproximadamente antes de la visita de las autoridades, había tomado para sí dineros de la bóveda que se encontraban a su cargo y que a través de estas transacciones trató de ocultar el faltante; de lo anterior, Fiscalía probará con la prueba documental la calidad de gerente de la Cooperativa de Ahorro y Crédito CREA del cantón Sigsig del procesado Oswaldo Amable Illescas Arcentales; establecerá que las firmas constantes de las papeletas de retiro no son las que les corresponde a los cuenta ahorristas; se establecerá que los \$15.000 pretendían justificar el dinero que tomó para sí el ciudadano procesado; se establecerá a través de los auditores internos aquellas transacciones; y, el injusto penal que Fiscalía le viene atribuyendo al procesado se acreditará con la prueba con la que se enervará la presunción de inocencia del procesado. (SIC); B.- La Defensa de la acusación particular, expuso: La Cooperativa es una entidad del sistema financiero popular y solidario y como tal está sometida a la Ley Orgánica del Sistema Financiero Popular y Solidario y a la Superintendencia de Cooperativas; frente aquello la Cooperativa CREA tiene agencias en diversos lugares, una de ellas en el cantón Sigsig donde se verificaron los hechos motivo de la acusación; para octubre de 2017, el Jefe de Agencia del Sigsig era Oswaldo Amable Illescas Arcentales; que el día 19 de octubre de 2017 se dispone una inspección in situ con el equipo auditor de la Cooperativa, en esa auditoría in situ, cuando el equipo auditor no se encontraba en el lugar, el justiciable Oswaldo Amable Illescas Arcentales aprovecha la ausencia del equipo auditor para hacer dos retiros de dinero: un retiro de \$5.000 y otro retiro de \$10.000 dólares, que dichos retiros se hicieron con cargo a las cuentas de dos socios: Armando Zúñiga y Marlene Carpio; retiro que se realiza sin la presencia de los socios y con papeletas en las que se encontraba falsificada la firma de cada socio, aparentemente lo que buscaba el justiciable con esas operaciones era que no se descubre el descuadre que había generado días previos en la bóveda; sin embargo, este hecho fue descubierto el día 20 de octubre de 2017, cuando la cajera comenta a las autoridades y a los auditores de la Cooperativa aquel hecho; este acontecer fáctico descrito en tiempo, lugar y modo permite la adecuación típica del Art. 278 inciso 4 del COIP, esto es delito de peculado, que es un delito pluriofensivo, pues afecta tanto a la probidad de aquel funcionario, servidor o empleado de la entidad financiera cuanto al patrimonio de la entidad bancaria; se demostrará que Oswaldo Amable Illescas Arcentales descubierto en el hecho repone esos quince mil dólares a la Cooperativa, que esta reposición no enerva la tipicidad objetiva y subjetiva del injusto, lo confirma; por tanto, este hecho será motivo de probanza, logrando enervar el estado de inocencia del justiciable. (SIC); C.- Defensa del procesado Oswaldo Amable Illescas Arcentales, señaló: Que se demostrará lo ocurrido los días 19 y 20 de octubre de 2017 con la prueba que se actuará, la que permitirá confirmar el estado de inocencia de su defendido Oswaldo Amable Illescas Arcentales, que se propusieron cuatro proposiciones fácticas: efectivamente el 19 de octubre del año 2017, Oswaldo Amable Illescas Arcentales se encontraba en su lugar de trabajo en la agencia del Sigsig de la Cooperativa CREA, cuando llegaron funcionarios de la Cooperativa para realizar inspecciones de rigor; es decir, una especie de auditoría interna en la Cooperativa, luego de las verificaciones del caso, los funcionarios de la Cooperativa observaron que no se presentaron anomalías en el arqueo de bóveda de responsabilidad de Oswaldo Illescas, que no se presentaron anomalías en el cajero automático de responsabilidad de Elsa Rivera y que no se realizaron arqueos, por la afluencia del público, en caja donde aparentemente se produce el hecho que hoy motiva este proceso; además la cajera Samantha Marca, era responsable de caja donde se produce el hecho investigado y sometido a proceso; que la precitada jamás informó de la anomalía del día 19 de octubre de 2017, a pesar de que estuvieron los auditores en la Cooperativa; que el día 20 de octubre de 2017 se presentaron nuevamente dichos auditores en la agencia del Sigsig de la Cooperativa CREA, luego de conversar con algunos funcionarios en horas de la tarde, piden también conversar con el señor Oswaldo Amable Illescas Arcentales, a quien le pidieron entregue las cosas y se retire del lugar, porque aparentemente habían anomalías en cajas responsabilidad de Samantha Marca; posterior a lo relatado, en la semana siguiente se presenta una denuncia de peculado contra su patrocinado; y, el día 26 de octubre del año 2017, se le hace firmar un documento quebrantando derechos fundamentales, entre otros, el derecho a no auto incriminarse; que se justificará que en bóveda no existieron anomalías, misma que era de responsabilidad del procesado; que en el cajero automático de responsabilidad de Elsa Rivera tampoco se presentaron anomalías; y, que se presentan anomalías en caja que era de responsabilidad de Samantha Marca; es decir, que no existe responsabilidad alguna en el delito de peculado, por tanto, solicitó se confirme estado de inocencia de su patrocinado(SIC).- CUARTO: PRESENTACIÓN Y PRÁCTICA DE PRUEBAS[6]: 4.1.- Prueba solicitada por Fiscalía: misma que fuera anunciada oportunamente[7], por tanto se receptaron los testimonios de: Mario Patricio Barzallo Mendieta, María Fabiola Saquicela Cobos, Samantha Elizabeth Marca Jaramillo, Pablo Xavier Álvarez Álvarez, Jhulianna Isabel Meza Flores, Sandro Apunte Andrade, Denis Iván Chamba Vega, Ángel Cuji Yumbilla; cuyas declaraciones forman parte del CD Audio de la Audiencia incorporado al proceso; y, en el curso de la audiencia, Fiscalía prescindió de los testimonios de los demás testigos anunciados oportunamente.- Como prueba documental presentó lo siguiente: 1. Denuncia presentada por el Gerente y Representante Legal de la Cooperativa de Ahorro y Crédito CREA LTDA[8]; 2. Memorándum AI-CREA-0110/2017, suscrito por la Ing. Jhulianna Meza F., auditora interna de la Cooperativa CREA LTDA; 3. Copias certificadas de la SEPS referente a los directivos de la Cooperativa de Ahorro y Crédito CREA LTDA, constando como y representante legal y Gerente, el Ing. Mario Patricio Barzallo, mismo que tiene data de 24 de octubre de 2017 y la resolución de constitución/adecuación: SEPS-ROEPS-2013-000220, con fecha de constitución 11 de abril de

Fecha	Actuaciones judiciales
--------------	-------------------------------

2013[9]]; 4. Archivo digital de grabaciones del área de caja de la Agencia Sigsig, de la Cooperativa CREA LTDA, de fecha 19 de octubre de 2017, desde las 09h20 a las 09h40, video descrito y narrado por el perito que realizó la verificación del mismo[10]]; 5. Memorando No. CREA-CTH-2017-0123, suscrito por el Ing. Carlos Xavier Sarmiento Ochoa, Coordinador de Talento Humano, junto con la hoja de vida de Oswaldo Amable Illescas Arcentales, consta el contrato de trabajo del procesado que lo vincula laboralmente con la Cooperativa de Ahorro y Crédito CREA LTDA[11]]; 6. Estado de cuenta de los ciudadanos Armando Eduardo Zúñiga Brito y Mercy Marlene Carpio Aguilar en la Cooperativa CREA, con los cuales se acredita que de la cuenta del ciudadano Armando Eduardo Zúñiga Brito, en fecha 19 de octubre de 2017, consta un retiro de la cantidad de cinco mil dólares, de igual manera de la cuenta de la ciudadana Mercy Marlene Carpio Aguilar, en fecha 19 de octubre de 2017, consta el retiro de diez mil dólares en su orden retiro de sus cuentas[12]]; 7. Certificado de no poseer vehículo de Oswaldo Amable Illescas Arcentales, conferido por la Agencia Nacional de Tránsito del Ecuador [13]]; 8. Certificado del Registro de la Propiedad del cantón Sigsig sobre los bienes a nombre de Oswaldo Amable Illescas Arcentales[14]]; 9. Movimiento migratorio de Oswaldo Amable Illescas Arcentales, a través del cual se acredita que no registra movimientos migratorios[15]]; 10. Informe suscrito por el Cbop. Sandro Apunte Andrade sobre los datos obtenidos de Oswaldo Amable Illescas Arcentales[16]]; 11. Documentación presentada Mario Barzallo Mendieta sobre un ingreso en caja de la Cooperativa CREA por el valor de quince mil dólares por parte de Oswaldo Amable Illescas Arcentales[17]]; 12. Informe de reconocimiento del lugar de los hechos, suscrito por el agente Sandro Apunte Andrade; 13. Copias certificadas de la Resolución No. SEPS-IZ6-DZSFPS-2015-052 junto con el Oficio No. SEPS-SGD-IZ6-CSGEIZ6-2017-33178, suscrito por Nancy Ullauri Ullauri, Analista de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, en la que se hace referencia a la calificación de Jhulianna Meza Flores como auditora interna de las Organizaciones del sector Financiero Popular y Solidario[18]]; 14. Documento otorgado del SRI, consulta de datos respecto de la Cooperativa a través del cual se acredita que se encuentra registrado en el Servicio de Rentas Internas[19]]; 15. Memorando dirigido al Gerente Subrogante de la Cooperativa CREA, Econ. Pablo Álvarez, por parte de la Ing. Jhulianna Meza auditora interna de la entidad, de fecha 16 de enero de 2018, relacionada a la Revisión de proceso de cumplimiento[20]]; 16. Informe técnico pericial documentológico elaborado por el perito Denis Chamba Vega sobre el cotejamiento de firmas obrantes en las papeletas de retiro; 17. Informe pericial de Audio y video elaborado por los peritos Ángel Cuji y Carlos Orosco respecto del contenido de un CD-R que consta a fojas 27 del proceso; y: 18. Informe técnico pericial documentológico elaborado por el perito Denis Chamba Vega sobre los documentos obrantes de fojas 103 y 104 del expediente de Fiscalía; 4.2.- La Defensa de la acusación particular, misma que fuera anunciada oportunamente[21]]; por tanto, se receptaron los testimonios de: Mario Patricio Barzallo Mendieta, María Fabiola Saquicela Cobos, Samantha Elizabeth Marca Jaramillo, Pablo Xavier Álvarez Álvarez, Jhulianna Isabel Meza Flores, Sandro Apunte Andrade, Denis Iván Chamba Vega, Ángel Cuji Yumbilla; cuyas declaraciones forman parte del CD Audio de la Audiencia incorporado al proceso; y, en el curso de la audiencia, la acusación particular prescindió de los testimonios de los demás testigos anunciados oportunamente.- Como prueba documental presentó lo siguiente: 1. Denuncia y reconocimiento realizada por el Gerente de la Cooperativa; 2. Memorando No. AI-CREA-0110/2017, suscrito por Jhulianna Meza, en el cual hace referencia a situaciones descritas o establecidas de verificación al cumplimiento de la normativa interna y constar el movimiento operativo de la Cooperativa en fecha 19 de octubre de 2017, constancia de arqueo de bóveda, de caja y del cajero automático; así como la determinación de la visita in situ el 20 de octubre de 2017; 3. Comprobantes de Directivos de Organizaciones de la Economía Popular y Solidaria en relación a la Cooperativa CREA, consta que el Representante legal es Mario Patricio Barzallo Mendieta, por lo que, se legitima la calidad de víctima de su representado; 4. Comprobante de la existencia legal de Organizaciones de la Economía Popular y Solidaria referente a la Cooperativa de Ahorro y Crédito CREA, de data 24 de octubre de 2017, documento emitido por la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, del cual se desprende la Resolución No. SEPS-ROEPS-2013-000220 de 11 de abril de 2013, consta el reconocimiento de la existencia de la Cooperativa; 5. Memorando No. CREA-CTH-2017-0123, suscrito por el Ing. Carlos Sarmiento, Coordinador de Director de Talento Humano de la Cooperativa CREA al cual se adjunta la hoja de vida de Oswaldo Amable Illescas Arcentales, detalle de talento humano y contrato de trabajo del cual se desprende la calidad en la que laboró Illescas Arcentales, esto es, como Jefe de Agencia de las oficinas de la Cooperativa en el Sigsig; 6. Estados de cuenta de los dos socios Armando Eduardo Zúñiga Brito y Mercy Marlene Carpio Aguilar, en donde se registra contablemente un retiro con libreta de la cuenta del socio Zúñiga Brito en fecha 19 de octubre, de cinco mil dólares; así también se registra contablemente en fecha 19 de octubre de 2017 un retiro con libreta de diez mil dólares de la cuenta de la socia Mercy Marlene Carpio Aguilar; 7. Informe No. 164-2017-PJ-S, elaborado por el Agente Sandro Apunte; 8. Copia certificada de un documento suscrito por Oswaldo Amable Illescas Arcentales, por el Econ. Pablo Álvarez, en el cual se hace constar un ingreso de caja por el valor de quince mil dólares americanos en efectivo realizado por el señor Oswaldo Amable Illescas Arcentales en la Cooperativa CREA LTDA, efectuado el 26 de octubre de 2017; 9. Comprobante Original del ingreso a caja realizado por el señor Oswaldo Amable Illescas Arcentales, por el valor de quince mil dólares en la Cooperativa CREA, el 26 de octubre de 2017; 10. Informe de reconocimiento del lugar de los hechos; 11. Resolución No. SEPS-IZ6-DZSFPS-2015-052, emitido por la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, en torno a la calificación como Auditora Interna a Jhulianna Meza; 12. Registro Único de Contribuyentes de la Cooperativa CREA LTDA., del cual se desprende que su domicilio principal. 13. Memorando No. AI-CREA-0135/2018, realizado por Auditoría Interna, suscrito por la Ing. Jhulianna Meza de la Cooperativa CREA sobre el proceso de cumplimiento y análisis de los certificados de depósito a plazo fijo; 14. Informe técnico pericial documentológico; expresamente desistió de presentar la demás prueba documental anunciada oportunamente; 4.3.- La Defensa

de la persona procesada Oswaldo Amable Illescas Arcentales, misma que fuera anunciada oportunamente[22] ; por tanto se receptaron los testimonios de: Martha Natalia Álvarez Arévalo, Luisana María Illescas Álvarez, Diego Patricio Cordero Idrovo, Patricio José Illescas Álvarez; cuyas declaraciones forman parte del CD Audio de la Audiencia incorporado al proceso; expresamente desistió del testimonio de Martha Virginia Quezada Sarmiento, así como la prueba documental anunciada oportunamente[23] ; 4.4.- Observaciones y Objeciones a la Prueba anunciada por los Sujetos Procesales[24] : La prueba anunciada y presentada al ser sometida a contradicción, los sujetos procesales se pronunciaron así: A.- Fiscalía General del Estado, respecto del desistimiento a presentar prueba documental por parte de la defensa de la procesada Oswaldo Amable Illescas Arcentales, expresó que no tiene nada que alegar; B.- La defensa de la acusación particular, expresó que no tenía ninguna objeción a la prueba documental realizada por la defensa de la persona procesada ni a las renunciaciones efectuadas por Fiscalía tanto de la prueba documental cuanto de la prueba testimonial; C.- La defensa de Oswaldo Amable Illescas Arcentales, expresó que por el principio de comunidad de prueba, hace suya la siguiente prueba documental: 1. la denuncia presentada en fecha 24 de octubre de 2017; 2. El Memorandum suscrito por la Ing. Jhulianna Meza, auditora interna de la Cooperativa Crea, en relación al Arqueo de bóveda no se reportó diferencia, arqueo de ventanilla, arqueo del cajero automático; 3. Archivo digital de grabaciones del área de caja de la Agencia Sigsig, de la Cooperativa CREA LTDA, de fecha 19 de octubre de 2017, desde las 09h20 a las 09h40, respecto de esta prueba solicitó que al momento de resolver se tenga en cuenta lo previsto en los Art. 456 y 458 COIP; 4. Respecto de la documentación presentada Mario Barzallo Mendieta sobre un ingreso en caja de la Cooperativa CREA, por el valor de quince mil dólares, el 26 de octubre de 2017, suscrito por Oswaldo Amable Illescas Arcentales, Pablo Álvarez Director de Negocios y Freddy Naula, Abogado; con este documento se ha quebrantado un derecho fundamental, conforme lo referido en su teoría del caso; es decir, el Art. 5.8 de COIP, derecho a la no autoincriminación y Art. 77 numeral 7 literal d) de la CRE.; en cuanto a la prueba documental presentada por la acusación particular es la misma que la presentó Fiscalía, por lo que, no es reiterativo porque ya se refirió a la misma; no se opuso a las renunciaciones realizadas por Fiscalía y la defensa de la acusación particular; 4.5.- Pronunciamiento del Tribunal respecto de la prueba ofertada y las objeciones realizadas: 4.5.1.- Teniendo en cuenta que la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción[25] y dispositivo[26] , el Organismo consultó a los sujetos procesales sobre posibles observaciones u objeciones a la prueba ofertada y presentada, respecto de lo cual los sujetos procesales esgrimieron sus argumentos conforme ya se detalló; 4.5.2.- El Tribunal tiene presente lo previsto en el Art. 454 numeral 6 del Código Orgánico Integral Penal[27] en relación con la disposición legal contenida en el Art. 615 numeral 4 Ibídem[28] ; por tanto, los documentos presentados por Fiscalía y acusación particular son valorados de acuerdo a las normas invocadas; 4.5.3.- En cuanto a la renuncia efectuada tanto por Fiscalía, la defensa de la acusación particular y la defensa de la persona procesada en relación a la prueba testimonial y documental anunciada, la misma es aceptada por el Tribunal, en virtud del principio dispositivo[29] , a más de que no existieron objeciones a las renunciaciones realizadas; 4.5.4.- El Tribunal tiene presente lo previsto en el numeral 6 del Art. 454 del COIP, que determina que toda prueba o elemento de convicción obtenidos con violación a los derechos establecidos en la Constitución, en los instrumentos internacionales de derechos humanos o en la ley, carecerán de eficacia probatoria, por lo que serán excluidos de la actuación procesal, lo cual fue argumentado por la defensa de la persona procesada, pues en la evacuación de la prueba no se demostró que la misma haya sido obtenida con violación a derechos humanos de la persona procesada; 4.5.6.- En cuanto a la prueba documental la misma fue valorada conforme lo prevé el Art. 499 en relación con el Art. 454 numeral 5 del COIP .- QUINTO: Pretensiones de los sujetos procesales: A. Fiscalía General del Estado , durante su intervención en audiencia manifestó: La prueba estableció la existencia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada, Fiscalía ofreció establecer que el procesado Oswaldo Amable Illescas Arcentales había adecuado su conducta al tipo penal del Art. 278 inciso cuarto del COIP, contrario sensu la defensa, haciendo un esfuerzo, pretendiendo endilgar aquella actuación a una funcionaria de rango inferior, esto es, que la responsabilidad es de la cajera; el tipo penal por el que se está resolviendo la situación jurídica de la persona procesada, determina presupuestos de carácter objetivo y subjetivo y la ciudadana que pretenden endilgar responsabilidad dista de aquellos presupuestos; que el procesado ha violado el deber de fidelidad, pues el funcionario dispone fraudulentamente de dinero, efectos privados que los representa abusando de su cargo; se acreditó que Oswaldo Amable Illescas Arcentales ostentaba la calidad de jefe de agencia de la Cooperativa de Ahorro y Crédito en el cantón Sigsig, con la prueba documental presentada; por ello, para el día 19 de octubre de 2017, el procesado se acerca a la cajera Elizabeth Marca y le dispone que realice dos transacciones por dos sumas de cinco mil dólares americanos de la cuenta del socio Armando Eduardo Zúñiga, dinero retirado en efectivo y que luego volvió a la bóveda; y luego por el valor de diez mil dólares americanos de la cuenta de ahorros de la socia Mercy Marlene Carpio Aguilar, le solicita realice una transferencia entre cajas, es decir, le solicita realice un retiro transaccional; el oficial de cumplimiento la señora María Saquicela indicó que se tenía programada una visita in situ en la Cooperativa, el 19 de octubre de 2017, por lo que, se trasladaron hasta la agencia de la Cooperativa en el cantón Sigsig, el jefe de agencia les invita a un break, deja a los funcionarios ahí y él se regresa a la Cooperativa, donde realiza las transacciones referidas, luego llegan los funcionarios de Cuenca y aparentemente todo estaba en perfecto estado; el día 20 de octubre la oficial de cumplimiento recibe una llamada de parte de Alexandra Samaniego, quien reporta una operación inusual detectada el día anterior, aquellas transacciones establecen un retiro total de quince mil dólares americanos y solicita se remita copia de las firmas y se llega a determinar que aquellas firmas no correspondían a los cuenta ahorristas, aquello fue acreditado con la prueba pericial documental, a través de la cual los peritos

Fecha Actuaciones judiciales

señalaron que aquellas firmas no correspondía a las firmas de los socios, esto es puesto conocimiento de Pablo Álvarez y Jhulianna Meza, por lo que, se desplazaron hasta la Agencia de la Cooperativa a verificar la transacciones, aparentemente todo era normal, por lo que, Oswaldo Illescas se reunió con Pablo Álvarez y admitió el hecho que Fiscalía le atribuye; que se escuchó a la esposa e hijos, quienes dijeron que Oswaldo Illescas les dijo que salió de la Cooperativa porque tuvo problemas con la cajera Samantha Marca Jaramillo, quien nos inteligenció lo que ocurrió el día 19 de octubre de 2017 cuando el procesado realizó dos transacciones por un total de quince mil dólares; sumado a ello, también se cuenta con los testimonios de Jhulianna Isabel Meza; de Pablo Álvarez; además existe prueba documental sobre el ingreso de dinero de quince mil dólares realizados por el procesado en las que se hace conocer que pretendía justificar la conducta que cometió; que la prueba acreditó los elementos objetivos y subjetivo del tipo penal tipificado en el Art. 278 inciso cuarto del COIP; además se probó que el procesado actuó con dolo, pues maquinó para realizar transacciones inusuales para justificar el dinero que tomó para sí. Fiscalía ha enervado la presunción de inocencia al procesado, por lo que, solicitó se lo declare culpable en el grado de autor conforme el Art. 42 del COIP, pues adecuó su conducta al tipo penal del Art. 278 inciso cuarto del COIP, por lo que, solicitó se dicte sentencia condenatoria, actuando con lealtad señaló que el procesado devolvió el dinero, pero lo que no puedo devolver es la confianza dada, al enmendar realizando el depósito no se estaría cumpliendo lo determinado en el Art. 83 de la CRE, que es la tutela efectiva que reclama la sociedad, por lo que, corresponde hacer justicia y declarar al procesado como lo ha requerido; en cuanto a la reparación determinada en el Art. 78 de la CRE, señaló que si bien ha existido una reparación material al devolver el dinero, pero en cuanto a la reparación inmaterial, esto es, el perjuicio ocasionado a la Cooperativa y a los cuenta ahorristas, solicita se orden el pago por dicha reparación.-

Réplica: El señor Fiscal refirió que no hay pericia contable, lo que hay es un informe de auditoría interna firmado por Samaniego; por otra parte, indicó que el procesado Illescas Arcentales entregó los quince mil dólares sin que nadie le obligue y lo entregó en la Cooperativa; insistió en que el procesado adecuó su conducta al tipo penal del Art. 278 inciso cuarto del COIP, el debido proceso se hizo eco en esta audiencia, por lo que, se debe evitar que esas falacias argumentativas lleven al equívoco y no se dé a cada quien lo que corresponde, se ratificó en su tesis acusatoria.-

B. La Defensa de la acusación particular, manifestó que en su alegato inicial señaló que la Cooperativa de Ahorro y Crédito CREA LTDA, es una institución que forma parte del sistema financiero nacional, lo que fue acreditado con la prueba documental presentada; a más de quien figura como personero de la institución; se acreditó que Oswaldo Amable Illescas Arcentales fue jefe de agencia donde se dieron los hechos, en el Sigsig, con el contrato de trabajo; efectivamente el 19 de octubre de 2017, se realizó una auditoría sorpresa en la agencia Sigsig, a donde varios auditores de la Cooperativa llegaron, cuando Oswaldo Amable Illescas Arcentales aprovechó de un descuido de los auditores, descuido que fue generado por el mismo Jefe de agencia, esto es, una invitación a desayunar para en ausencia realizar las actividades ilícitas, estos es, aprovechándose de ese descuido realiza dos transacciones: una de cinco mil dólares y la otra de diez mil dólares, que son retiros de las cuentas de dos socios, Armando Zúñiga y Marlene Carpio, esos retiros tenían la finalidad de cubrir ausencias o deficiencias de dinero que existía en bóveda, lo que sería el móvil de la infracción; que esos retiros en total de quince mil dólares, lo hace a través de papeletas fraudulentas; es decir, estas papeletas tenían supuestas firmas de los socios cuando éstos no lo habían hechos; ese hecho sin lugar a duda genera una adecuación típica de resultado y el delito de peculado, es un delito de resultado, mismo que se evidencia con los estados de cuenta de los dos socios Armando Zúñiga y Marlene Carpio Aguilar, de donde se retira lo cinco y diez mil dólares americanos, de dicha documentación se puede observar que en la cuenta de Armando Eduardo Zúñiga Brito, el día 19 de octubre de 2017, se realizó un retiro con libreta de cinco mil dólares; es decir, con papeleta; además, con el estado de cuenta de Mercy Marlene Carpio Aguilar, el día 19 de octubre de 2017 se retiró diez mil dólares; es decir, estos valores, sin importar el móvil, podría ser para cubrir descuadres de caja o para beneficiarse directamente, lo que interesa es que esos dineros de esas dos cuentas sin la autorización de los socios, sin la firma de los socios pasó abruptamente de manos de la Cooperativa, custodio de los valores de los socios, a manos de Oswaldo Illescas, el manejo fraudulento permite que el estado de cosas cambie y para poder demostrar la responsabilidad y la conducta del procesado; el informe pericial realizado por el perito Dennis Chamba, quien hace la pericia grafológica, en virtud de la cual realizó el cotejamiento de tres comprobantes de retiro, frente a lo cual el perito dijo que esas dos papeletas dubitadas de retiros de cinco y diez de mil dólares, que son concordes con el estado de cuenta de los socios y el perito concluye que la autoría gráfica no es ni de Mercy Carpio ni de Armando Zúñiga, frente a esa afirmación del perito, se tiene una papeleta de retiro no firmada por el socio y que se acreditó que el dinero salió de la cuenta; por lo que, tenemos que ver que pasó; para ello se cuenta con la pericia realizada por Cuji Yumbilla, quien proyectó los videos y vimos a Illescas haciendo la transacción y exigiendo la entrega de esos valores sin que nadie se encuentre al otro lado de la ventanilla; con el testimonio Samantha Marca; además con el testimonio de María Saquicela, Jhulianna Meza, Pablo Álvarez y de Sandro Apunte Andrade; señaló que el peculado es un delito de función no sólo basta el dominio final del hecho que lo realiza el justificable, sino que éste debe dominar el resultado en función del rol específico; es por ello, que esta relación funcional que demanda el Art. 278 del COIP, determina que esos dineros deben estar en razón del cargo del funcionario o trabajador del sistema financiero, lo cual fue acreditado con el testimonio del gerente y representante de la Cooperativa CREA LTDA. Ing. Mario Patricio Barzallo Mendieta, quien dijo que el jefe de agencia hace las veces de gerente en la Cooperativa, es quien tiene las más amplias facultades para disponer en la agencia, función para ser el custodio de todos los bienes que están a su cargo, entre ellos, el dinero en bóvedas sobre todo el dinero de los socios domiciliados en esa área; en la especie, Oswaldo Illescas dispuso y se apropió fraudulentamente de dineros que eran de los cuenta ahorristas que estaban en manos de la Cooperativa como custodia y siendo él responsable de esa agencia y que desempeña toda la actividad fáctica; por

tanto, el peculado de Oswaldo Illescas se ha probado, el pago o devolución de los quince mil dólares no enerva el tipo, sino lo confirma.- Que la existencia material de la infracción y responsabilidad del procesado se ha probado, por lo que, solicito en nombre y representación de la Cooperativa de Ahorro y Crédito CREA LTDA se declare en sentencia que procesado es autor responsable del ilícito tipificado 278 inciso cuarto del COIP imponiendo la pena que corresponde, no hay atenuante; sin embargo, solicitó que se imponga la pena máxima previsto para el tipo penal y, se declare con lugar acusación particular, se ordene la reparación por los daños que generó la acción.- Réplica: En la réplica, señaló que la defensa se circunscribe en dos puntos, esto es que, son dos los responsables, cuando dice que no es culpa, no es atribución de Oswaldo Illescas sino de Samantha Marca, por tanto, es ella quien realiza el injusto, pero nótese que aquello es un yerro conceptual y que no es responsabilidad de Samantha Marca, porque quien le pide realizar la transacción es Oswaldo Illescas, quien toma el dinero para sí es Oswaldo Illescas, tanto es así, que luego de conocer el hecho es Oswaldo Illescas quien devuelve el dinero; y, en un momento dado, Marca es quien anuncia e informa a los auditores lo que realizó; que el jefe de agencia es el custodio de todos los bienes; suponiendo que cajera Marca es quien saca el dinero a través de las transacciones de las cuentas de los socios, pero no lo hace sola, pues alguien le pide que haga esa transacción y alguien se beneficia de esa transacción, de tal manera que si Samantha Marca tuviera responsabilidad en el hecho es una responsabilidad en compañía de Oswaldo Illescas como coautor; en la teoría de la defensa es Samantha Marca quien realiza el acto, pero lo hace en beneficio de Oswaldo Illescas, quien devuelve el dinero; en la teoría de la defensa Illescas también es responde y es culpable; en cuanto, a la ausencia de pericia contable, no es problema porque en nuestro sistema no hay prueba tazada, lo que la prueba es conducir al juzgador a la convicción más allá de toda duda razonable y que en base a la libertad probatoria, se ha justificado el acto imputado a través de los testimonios de los auditores; finalmente se ratificó en su pedido que se declare la culpabilidad en los términos de la acusación particular; C. La defensa de la persona procesada, sostuvo: Fiscalía y acusación particular presentaron una proposiciones fácticas similares, pero no pudieron justificar las mismas por cuanto jamás se presentó una teoría probatoria menos una teoría jurídica; que otro proceso resuelto por el Tribunal donde se ha confirmado el estado de inocencia de Tito Berrezueta, en el cual se proclamó que no se ha presentado informe contable; se manifestó por parte de Fiscalía y acusación particular que los hechos se produjeron el día 19 de octubre de 2017, un día jueves; que llegaron los funcionarios de la Cooperativa a la agencia Sigsig el día viernes 20 de octubre de 2017, por una llamada que había recibido una de las funcionarias; y, que su patrocinado había realizado una reposición del dinero el día 26 de octubre de 2017, que eso no le exime de responsabilidad; el Tribunal deberá analizar las pruebas presentadas por la Fiscalía y acusación particular para determinar si cubre los estándares de legalidad y constitucionalidad; en cuanto a la prueba de Fiscalía, contiene la auditoría realizada por Jhulianna Meza, en esta prueba documental se establece que no existe descuadre en el arqueo de bóveda, que no existe descuadre en el arqueo del cajero automático y que no se realice el arqueo de caja, porque la cajera se encontraba atendiendo a los socios, de ese documento se puede colegir que el arqueo de caja está libre de irregularidades; que la bóveda estaba bajo responsabilidad de Oswaldo Illescas, además en el documento aludido se hace referencia a los hechos ocurridos los días 19 y 20 de octubre de 2017, en el cual se manifiesta en el numeral tres del documento de auditoría respecto de levantamiento de información, dice Jhulianna Meza, la auditora que le había contado a Alexandra Samaniego que la cajera Samantha Marca no le había entregado el dinero; en este mismo documento en el considerando cuatro se establece que única y exclusivamente que el arqueo de bóveda hubo un faltante de nueve centavos y no se hace referencia al supuesto faltante de 15 mil dólares; en cuanto al documento firmado por Oswaldo Illescas sostuvo que contraviene algunos principios básicos legales y constitucionales como el establecido en el Art. 5 numeral 8 del COIP y el Art. 77 numeral 7, literal c) de la Constitución, mismo que establece el derecho a no auto incriminarse, como sucede en el presente caso al haberse presentado ese documento; y no solo por eso, sino que también se encuentra prohibido interrogar sin la presencia de un abogado, ni en lugares que no sea la Fiscalía General del Estado, es decir, contraviene el Art. 76 numeral 4 de la CRE cuando dice que las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrá validez alguna y carecerán de eficacia probatoria; lo se encuentra referido en nuestro Código Orgánico Integral Penal, cuando habla de la exclusión de la prueba ilegalmente actuada, lo que no fue respetado por Fiscalía; luego se presentó una pericia de audio y video realizado por el perito Ángel Cuji, prueba pericial que también quebrantan principios legales y derechos constitucionales, porque el Art. 500 numeral del COIP, es claro, y que tiene relación con la cadena de custodia que se halla referido en los artículos 456 y 458 Ibídem; por tanto, si no se halla acreditada esta prueba pericial de audio y video, conforme la normativa mencionada, por tanto, debió comparecer el señor Ángel Muñoz, funcionario de Tics, quien aparentemente revisa los videos con Jhulianna Meza y María Saquicela, por tanto, esta prueba pericial de audio y video no tiene validez legal ni constitucional; respecto del día 20 de octubre del año 2017, el gerente de la Cooperativa sostuvo, contrario a lo expresado por Fiscalía General del Estado y acusación particular en sus tesis, que aparentemente los retiros los realiza el procesado, lo que es completamente falso, porque el gerente Patricio Barzallo sostuvo que los retiros los realizó Samantha Marca; lo cual fue corroborado por el testimonio de Samantha Marca cuando dijo que ella realiza los retiros de cinco y diez mil dólares, porque aquello se realizó en la caja del dinero que estaba bajo responsabilidad de ella en ese momento; que su patrocinado es responsable del dinero cuando se lo entrega al cierre de cajas para ingresar el dinero en las bóvedas correspondientes; entonces por qué creer en el testimonio de la cajera Samantha Marca si su patrocinado aparentemente el día 19 de octubre de 2017, ordena que realice los retiros como lo ha sostenido Jhulianna Meza que conversó con Samantha Marca el día 19 de octubre, debían hacer conocer de este particular, de lo que aparentemente algo inusual sucedió el 19 de octubre de 2017, pero no lo hizo, Samantha Marca lo comunicó sino a través de la señorita Elsa Rivera y luego el día 20 de octubre la señora

Alexandra Samaniego es quien llama a la Ing. Fabiola Saquicela para hacer conocer ese hecho; es decir, 24 horas de haberse producido este hecho ella refiere esta supuesta anomalía; pero no han comparecido ni la señora Samaniego ni Elsa Rivera y que según María Saquicela le cuenta a Samaniego pero no le contó Samantha Marca de los hechos ocurridos; luego refirió que la denuncia fue presentada el día 24 de octubre de 2017, señalando que luego de presentar la denuncia se le presionó a su defendido para que firme un documento en el cual se auto incriminaba, cuando los jueces pudieron observar que el día veinte de octubre su patrocinado fue despedido de su lugar de trabajo, haciéndole responsable por un cuestión que competencia exclusiva de la cajera Samantha Marca, pues es ella quien realiza las transacciones, y fue ella quien manifestó que había realizado una transferencia de diez mil dólares y que luego manifestó que ella entregó el dinero y que su patrocinado aparentemente había cogido los cinco mil dólares de debajo del escritorio; el tipo penal por el cual se viene acusando es el Art. 278 inciso cuarto del COIP; que en cuanto al sujeto activo señaló que no se puede desconocer que su patrocinado fue Jefe de Agencia de la Cooperativa, que el objeto material del delito es donde se produce el movimiento inusual, esto es, en los dineros de responsabilidad de la señorita Samantha Marca, porque así lo manifestó la señora Jhulianna Meza, la señora Saquicela, el Ing. Patricio Barzallo, quienes indicaron cuales eran las responsabilidades de una cajera y cuáles eran las obligaciones; entre otras, la de solicitar la cartola, la cédula y pedir que esté presente el socio, lo cual no sucedió, no tenía la obligación de entregar o acatar órdenes que eran ilegales o ilegítimas ; que si se revisa el memorando que contiene la auditoria interna se establece el Manual de Cajas en su artículo 8 que dice para retirar dinero se debe presentar libreta, la cédula y el socio y además imprimir la papeleta; si creemos en Samantha Marca, para que se haya producido el resultado material no podía actuar únicamente Oswaldo Illescas porque aparentemente, según Fiscalía, se actúa a través de una persona que en este caso es la señorita Samantha Marca, que es quien incumple el Manual de Cajas a la que está obligada; además señaló que se debe realizar una relación funcional entre el objeto material; es decir, los dineros que estuvieron bajo disposición o bajo custodia de su patrocinador, los dineros de bóveda sí estaban bajo su responsabilidad, pero los dineros de caja en ese momento, el día 19 de octubre de 2017, estaban a cargo y responsabilidad de Samantha Marca; por su parte, sostuvieron que su patrocinado se hallaba el día 19 de octubre de 2017 en la agencia y que habían llegado funcionarios, pero ni Samantha Marca ni Elsa Rivera habían hecho conocer alguna anomalía que se haya suscitado ese día; el 20 de octubre normalmente compareció a su lugar de trabajo en donde fue presionado por el señor Pedro Álvarez para que denunciara, posteriormente lo hicieron para que comparezca a la Cooperativa, donde le presionaron para que firme un documento, en el cual se auto incrimina, documento suscrito por un funcionario y un abogado de la Cooperativa; finalmente, señaló que en estos procesos es indispensable la pericia contable para justificar el aparente desvío de los quince mil dólares de la bóveda que estaba bajo responsabilidad de su patrocinado y para hacer conocer que su patrocinado había desviado esos fondos a través de la cajera Samantha Marca, lo cual no ha sucedido, solicitó se confirme el estado de inocencia de su patrocinado, por cuanto no se ha justificado su responsabilidad y se dicte sentencia absolutoria.- Réplica: Que existe falta de coherencia entre lo que se dijo y lo que consta como prueba documental, que se ha servido de la prueba documental de Fiscalía y a la que se sumó la acusación particular, en esta auditoría interna que resultó ser tan imparcial (sic) como el documento que le obligaron a firmar a su patrocinado, asumiendo una responsabilidad; esos derechos y garantías no son negociables, todos estamos obligados a lo que determina la Constitución; por tanto, Oswaldo Illescas no pudo ser interrogado, tal es así que Jhulianna Meza, la auditora interna, manifestó que no era necesario realizar esa pericia porque aparentemente su patrocinado había reconocido y los funcionarios de la Cooperativa han manifestado que su patrocinado fue interrogado por eso precisamente firmó ese documento. Samantha Marca no recibió órdenes de su patrocinados sino que ella estaba obligada por el Manual de Cajas, pues ella tenía la obligación de pedir la cédula, que el socio esté presente y de solicitar la cartola; que en la pericia de audio y video no se justifica que Illescas hace la transferencia ni que sacó del escritorio de Samantha Marca los cinco mil dólares, pues ese video sólo se puede observar, pero no escuchar; amén de que este video quebranta lo estatuido en el Art. 76 numeral 4 de la CRE por el principio de seguridad jurídica establecido en el Art. 82 Ibídem; y, por lo determinado en el Art. 11 numeral 9 de la Carta Fundamental, establece que las garantías y derechos establecidos en la Constitución son de directa e inmediata aplicación, además que el COIP permite excluir la prueba ilegal e inconstitucional; que sostiene nuevamente que fue Samantha Marca, quien hizo esas transferencias, pues no se ha justificado que su patrocinado haya dado las órdenes y que esas firmas que constan en esas papeletas no le corresponden a su defendido, por lo que, insistió en que se confirme el estado de inocencia de su patrocinado.- SEXTO: PRINCIPIOS DE LA PRUEBA: Principios aplicables a la prueba en este proceso[30]: La prueba por principio general se la acredita y practica en la audiencia oral de juicio; en la especie, no existen anticipos jurisdiccionales de prueba, ni acuerdos probatorios; por consiguiente en audiencia se ha practicado la prueba a petición de los sujetos procesales[31].- La base del proceso penal es la determinación o no de la existencia de una acción u omisión punible y la culpabilidad de la persona procesada, mientras que la finalidad de la prueba es llevar al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada[32]. En la especie, se viene acusando por el delito de peculado por cuanto se sostiene que la conducta del procesado se ha adecuado al tipo penal establecido en el Art. 278 inciso cuarto del Código Orgánico Integral Penal, conforme el Auto de Llamamiento a Juicio[33]; por lo tanto, la prueba aportada en audiencia, en virtud del principio dispositivo[34], debe estar dirigida a cumplir esas dos exigencias procesales a través de las cuales se enerva el derecho constitucional de inocencia.- SÉPTIMO.- ADECUACIÓN TÍPICA : Corresponde al Tribunal de Garantías Penales hacer lo que en doctrina se conoce como adecuación típica, es decir adecuar la conducta de quien ha sido procesado a un tipo penal determinado, en este caso, por el que ha sido materia del Auto de Llamamiento a Juicio conforme lo

prevé el Art. 619.2 del Código Orgánico Integral Penal. Al efecto se señala: 7.1.- Delito Procesado: Art. 278 del COIP: Peculado.- Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, en beneficio propio o de terceros; abusen, se apropien, distraigan o disponga arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o en razón de su cargo, será sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años” (...) Son responsables de peculado las o los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del Sistema Financiero Nacional o entidades de economía popular y solidaria que realicen actividades de intermediación financiera, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades, que abuso de las funciones propias de su cargo disponga fraudulentamente, se apropien o distraigan los fondos, bienes, dineros o efectos privados que los representen causando directamente un perjuicio económico a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, fondos o dineros, será sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años” ; RESOLUCIÓN: CORTE NACIONAL DE JUSTICIA RESUELVE: Artículo único.- En los delitos de peculado a los que se refieren el inciso cuarto del artículo 278 del COIP y en los delitos contra el sistema financiero, que de conformidad con el Código Orgánico Monetario y Financiero y la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, están relacionados con el control exclusivo de la Superintendencia de Bancos y de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, para el ejercicio de la acción penal , la Fiscalía General del Estado no requerirá de ningún informe previo o adicional de aquellos organismos de control como presupuesto de procedibilidad. Para estos casos, la Fiscalía General del Estado ejercerá las facultades que le confieren la Constitución de la República y la ley, cuando conozca, de cualquier manera, sobre la perpetración de alguna infracción de esta naturaleza. Esta Resolución será aplicada a partir de esta fecha, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial. Publíquese en el Registro Oficial y en la Gaceta Judicial. Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en el Salón de Sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, a los diez días del mes de junio de dos mil quince. f) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE. (Rs. 08-2015. 19-jun-2015. RO 539: 9-jul-2015); 7.2.- Análisis del tipo penal: La doctrina[35]] nos enseña que Peculado, proviene del latín peculatus-us, término que proviene a su vez del vocablo latino neutro “pecu” , que significa ganado; con éste se formaron las palabras latinas: “Pecunia-ae ”, que significa: dinero, moneda, riqueza; y, “peculium ”; caudal, riqueza adquirida con la industria o con la economía. Según Cicerón, “peculatus” , significa: “Peculado, robo del dinero público o del príncipe” . Para Maggiore[36]] peculado proviene de peculare : robar el peculio ajeno. La raíz común de “peculio” y de “pecunia” (dinero) es pecus: ganado, sinónimo de riqueza en pueblos como el Romano, que fundaban su ordenamiento económico de modo principal en el pastoreo; entonces peculado es la apropiación de dinero o de una cosa mueble - sostiene el autor citado-, pertenecientes a la Administración pública, cometida por un funcionario público o el encargado de un servicio público, que por razón de su cargo está en posesión de esos bienes. Para Carrara, el peculado es la apropiación de cosas públicas cometida por una persona investida del algún cargo público, a la cual, precisamente en razón de éste le fueron entregadas, con la obligación de conservarlas y devolverlas, las cosas de que se apropia.”. Feijoo Sánchez[37]] señala que lo que se intenta proteger es el correcto funcionamiento de la Administración pública. Entonces de lo expuesto podemos concluir que el bien jurídico en este delito lo constituye el eficaz desarrollo de la administración, pero referida concretamente al cuidado de los fondos públicos que surgen en razón de los deberes especiales que le incumben al funcionario; no es un delito patrimonial aunque su efecto sea de carácter patrimonial, pues el patrimonio está en consideración de la función administrativa y tampoco es un delito socioeconómico, pues no se considera el funcionamiento socioeconómico del sistema, pero lo que se tutela es el correcto funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado y la propia fidelidad de los funcionarios encargados de velar por el mismo; por tanto, lo que quiere el Asambleísta es asegurar que el dinero y los otros activos patrimoniales existentes que se pone a disposición del funcionario público sean administrados con fidelidad y de acuerdo con las finalidades previstas en la ley; y, en estricto acatamiento de la Constitución; así el Art. 83 de la Constitución establece deberes y responsabilidades de los ecuatorianos, sin perjuicios de otros previstos en la Constitución y la ley, concretamente en los numerales 1 y 8, señala: que es obligación de los ecuatorianos: “1. Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente.”; “8. Administrar honradamente y con apego irrestricto a la ley el patrimonio público, y denunciar y combatir los actos de corrupción.”;- De su parte, el Art. 227 de la Constitución, señala: “Art. 227.- Principios de la Administración pública.- La Administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.”; El Art. 233 de la Constitución estatuye: “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.”. De otra parte, Donna[38]], nos enseña que por custodia se debe entender “guardar con cuidado y vigilancia”; en este caso de estudio, los caudales o efectos públicos; que la custodia implica la tenencia de los bienes sin que sea necesario exigir una relación permanente, pero que al menos deba determinar que, en un momento, los bienes le sean confiados en custodia en razón del cargo; entonces, a esta relación que une al funcionario público con los caudales o efectos a través de su administración, percepción o custodia se predica que le deben haber sido confiados. En este orden de ideas, el bien jurídico concretado en la Administración pública es el que se protege con la norma penal y se lo ampara de cualquier conducta lesiva, donde el funcionario es quien quebranta el eficaz desarrollo de la Administración -función pública-, pero referida

–como ya se dijo supra- al cuidado de los fondos públicos que surgen en razón de los deberes especiales que le incumben al funcionario, mediante la violación de su deber de probidad.- De otro lado, es preciso hacer hincapié, lo relevante que resulta el desarrollo socio-económico de un país, en el que, el orden económico puede ser concebido como un macro-sistema, el cual comprende una serie de sub-sistemas, uno de ellos contenido por el orden financiero monetario, entonces en este contexto podemos encontrar sistematizados aquellos comportamientos prohibidos que afectan gravemente el normal desenvolvimiento del orden financiero, como un ámbito específico donde se desarrollan aquellas actividades crediticias, bancarias, etc., indispensables para ese desarrollo socio-económico. La relevancia del sistema financiero viene dada por su estrecha vinculación con las actividades económicas que se reportan en nuestra sociedad; así la posibilidad de obtener un crédito, de ejecutar inversiones, de ahorrar para participar en proyectos inmobiliarios, en suma no podemos hablar de inyección de capital o, para hacer viable un determinado negocio sin que de por medio exista una entidad bancaria, financiera, o una entidad popular y solidaria, o a través de las diversas inversiones bancarias – financieras que ofertan dichas entidades al público consumidor; de ahí que el Estado está en la obligación de reglar este tipo de actividades; así tenemos que, de conformidad con el artículo 261 numeral 5 de la Constitución de la República, el Estado tendrá competencias exclusivas sobre las políticas económica y monetaria, entre otras; que, el artículo 283 de la Carta Suprema del Estado establece que el sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y Mercado, en armonía con la naturaleza; tiene como objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el Buen Vivir; y prescribe que el sistema económico se integra por las formas de organización económica, pública, privada, mixta, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine; que, de acuerdo con el artículo 302 numerales 2 y 3 de la Constitución de la República, la política monetaria, crediticia, cambiaria y financiera tendrán como objetivos: establecer niveles de liquidez global que garanticen adecuados márgenes de seguridad financiera y orientar los excedentes de liquidez hacia la inversión requerida para el desarrollo del país, respectivamente; que, el artículo 303 de la Carta Política del Estado prescribe que la formulación de las políticas monetaria, crediticia, cambiaria y financiera es facultad exclusiva de la Función Ejecutiva que se instrumentará a través del Banco Central y que la ejecución de la política crediticia y financiera también se ejercerá a través de la banca pública; que, el artículo 308 de la Constitución de la República ordena que las actividades financieras son un servicio de orden público y podrán ejercerse previa autorización del Estado, de acuerdo con la ley; que, el artículo 309 de la Constitución de la República dispone que el sistema financiero nacional se compone de los sectores público, privado y del popular y solidario, que intermedian recursos del público y prescribe que cada uno de estos sectores contará con normas y entidades de control específicas y diferenciadas, que se encargarán de preservar su seguridad, estabilidad, transparencia y solidez; que, el artículo 311 determina que el sector financiero popular y solidario se compondrá de Cooperativas de ahorro y crédito, entidades asociativas o solidarias, cajas y bancos comunales cajas de ahorro; que, las iniciativas de servicios del sector financiero popular y solidario y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas recibirán un tratamiento diferenciado y preferencial del Estado, en la medida en que impulsen el desarrollo de la economía popular y solidaria; que, de acuerdo al artículo 338 de la Constitución de la República, el Estado promoverá y protegerá el ahorro interno como fuente de inversión productiva en el país; sobre la base de esta normativa constitucional que regula el funcionamiento de las entidades bancarias, financieras, de economía popular y solidaria, se encuentran sustentadas las disposiciones administrativas de la Superintendencia –Art. 213 de la Constitución de la República-, más aquella regulación no es suficiente para regular conductas disvaliosas con suficiente lesividad; por ejemplo, los malos manejos, favoreciendo económicamente a sus funcionarios, administradores, ejecutivos, etc.; en menoscabo de miles de ahorristas que colocan sus ahorros a modo de inversión o de protección; por tanto, en el peculado bancario lo que se pretende proteger es el correcto manejo de fondos e inversiones de los usuarios del sistema, pues las entidades financieras o del sistema social de economía popular y solidario tienen una especial importancia por el capital que manejan, producto, en su mayoría, de los depósitos que pequeños o grandes inversionistas y/o ahorristas que realizan en las diversas instituciones bancarias o Cooperativas de economía popular y solidaria; aquello, genera la necesidad de que las instituciones crediticias y/o Cooperativas en sus operaciones que realizan sean protegidas legalmente, esto es a través del derecho penal; pues el Estado tiene el deber de proteger la intangibilidad de dichos fondos, procurando una sanción a través de una especial normatividad; la intención de la norma penal –dice Alonso Peña Cabrera-, es sancionar las operaciones con exceso de riesgo en la utilización crediticia como consecuencia de una extralimitación de facultades de los activos económicos [39] ; finalmente, en materia financiera se establece cuáles son los requisitos y obligaciones legales que deben cumplir las instituciones del sistema con relación a la ejecución de transacciones de crédito, descuentos o financiamientos; quiere decir que, determinadas operaciones bancarias se encuentran condicionadas a ciertos presupuestos, así como el reconocimiento legal de dichas instituciones, en tal sentido el quebrantamiento de estas normas imperativas tienen como consecuencia inmediata crear incertidumbre en el destino de los fondos e inversiones del público y además generar “una situación de riesgo país negativa”; es por ello que, ha sido legislada en nuestra regulación penal como merecedora de una consecuencia sancionadora; entonces, la necesidad de tutela penal para el correcto funcionamiento del orden financiero, ha de verse como un apéndice fundamental del Sistema Económico, e individual, en lo que se refiere a la protección de los ahorristas e inversionistas, quienes depositan sus dineros, con la confianza de que no pierdan su poder adquisitivo así como el reintegro de su capital.- En la especie, en base al principio de legalidad o reserva, el legislador ha previsto que dentro de la conducta penalmente relevante esté integrada por diferentes modalidades, siendo el peculado bancario [40]] o financiero una modalidad del delito tipo, que permite asemejar los preceptos en el funcionario público e

institución pública, con el mismo hecho de que se trate de una institución de servicio público que recibía dineros de los socios quienes colocaban su dinero por la confianza depositada en la Cooperativa de Ahorro y Crédito CREA LTDA.; nos remitimos al inciso cuarto del Art. 257 del Código Penal, que señala 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 dichas entidades que hubiesen contribuido al cometimiento del ilícito de peculado; explicado cual es el bien jurídico que se protege con la normativa penal, corresponde determinar el tipo objetivo, esto es el conjunto de elementos materiales o fácticos que configuran la conducta descrita en la ley penal, tales como el sujeto activo, el sujeto pasivo, el núcleo o verbo rector del tipo, el resultado, que permitan la estructuración del delito de peculado.- Entonces, en este contexto podemos señalar que: El acto típico, este delito se configura con la acción de abusar de las funciones propias de su cargo disponga fraudulentamente, ya sea apropiándose o distraendo los fondos, bienes, dineros o efectos privados que los representen, causando directamente un perjuicio económico a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, fondos o dineros; en concreto, el delito de peculado, es un delito contra la Administración pública referente a la actividad financiera –peculado bancario- y no contra la propiedad, donde el funcionario quebranta la buena marcha patrimonial de la Entidad del Sistema Financiero Nacional o las entidades de economía popular y solidaria que realiza actividades de intermediación financiera, mediante la violación de su deber de probidad, quebranta el prestigio de la Entidad de economía popular y solidaria, como lo es la Cooperativa de Ahorro y Crédito CREA LTDA. y la confianza que deposita en él o en ella; en concreto, la conducta principal objeto de reproche es el “abuso de las funciones propias de su cargo”, ya sea disponiendo, apropiándose o distraendo, que como es obvio, tiene como verbo rector el término abusar que, según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, significa usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de algo o de alguien; en el caso que nos ocupa, al considerar el sistema económico como social y solidario que propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado cuyo objetivo es garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir; y que, siendo las actividades financieras un servicio de orden público, que tienen como finalidad fundamental preservar los depósitos y atender los requerimientos de financiamiento para la consecución de los objetivos de desarrollo del país y, que los recursos captados a través de las actividades financieras procuran fortalecer la inversión productiva nacional, el consumo social y ambiental responsable; y, siendo obligación del Estado promover y proteger el ahorro interno como fuente de inversión productiva, evidentemente, los depósitos efectuados por los socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares en la Cooperativa de Ahorro y Crédito CREA Ltda., son depósitos que, teniendo un origen privado, al momento de haber sido captados por una entidad de economía popular y solidaria que realiza actividades de intermediación financiera, por el servicio de orden público que prestan, estos dineros del público, deben estar protegidos para preservar su seguridad, estabilidad, transparencia y solidez; en consecuencia, el manejo irresponsable de esos fondos evidentemente configuran el delito de peculado –peculado bancario-; coherente con lo anterior y conforme lo señalamos en líneas anteriores, el bien jurídico protegido, en un sentido restrictivo, es el patrimonio de la institución del sistema financiero nacional o de economía popular y solidaria que realizan actividades de intermediación financiera, cuando se lo comete en su perjuicio, así como cuando directamente se causa un perjuicio económico a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, fondos o dineros, es decir, cuando el ilícito se comete en perjuicio de los usuarios del sistema financiero, determinando de esta forma que el bien jurídico tutelado sea la propiedad, en primera instancia; pero desde otra perspectiva y en un sentido más amplio no solo la propiedad constituye el objeto jurídico agregado, sino también y principalmente la confianza pública en las instituciones del sistema financiero y en los Órganos de Control, esto es en el Orden Económico Social; El sujeto activo, en este tipo penal –peculado- se exige sea un autor calificado, que lleva a que especialice el delito, esto en los términos de Donna, siendo este sujeto, el funcionario público, las o los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del sistema financiero nacional o entidades de economía popular y solidaria que realicen actividades de intermediación financiera; lo anterior porque el delito de peculado, es de aquellos ilícitos llamados delitos especiales propios, en estos delitos la autoría se limita al círculo de las personas cualificadas o autores idóneos mencionados en el tipo, mediante los elementos descriptivos especiales del sujeto del hecho. Cerezo Mir[41] señala que en estos casos la conducta del autor lleva aparejada la infracción de un deber jurídico específico. Roxin[42] , en los delitos de deber, señala que no tiene importancia la cualidad externa de la conducta del autor, debido a que la sanción se afirma sobre una persona que infringe las exigencias que tiene, que se derivan del papel o del rol social que desempeña; por tanto, el criterio para definir quién es autor, no es el dominio del hecho, sino que es la infracción de un deber extrapenal, que está lógicamente preordenado a la ley, ya que procede de otros ámbitos jurídicos. Martín García[43] , por su parte, expresa que el autor calificado se encuentra en una relación especial con el bien jurídico protegido; pues hay bienes jurídicos que no se encuentran a disposición de cualquiera, que cumplen sus funciones en estructuras cerradas, limitadas a las que no tienen acceso todos los individuos, sino sólo los habilitados; en concreto sujeto activo en el delito de peculado, es aquel funcionario público o privado de las instituciones del sistema Financiero nacional o de entidades de economía popular y solidaria (como lo es la Cooperativa de Ahorro y Crédito CREA LTDA) –en los términos de nuestro ordenamiento jurídico- que tiene capacidad funcional para afectarlo; es decir, si en su relación con el bien jurídico, la persona se encuentra obligada a su cuidado y, por ende, por esa relación directa, puede lesionarlo, afectarlo o violarlo; en la especie, cuando hablamos del sujeto activo nos remitimos al inciso cuarto del Art. 278 del Código Orgánico Integral Penal, que señala que también están comprendidos en las disposiciones de este artículo los funcionarios, administradores, ejecutivos, o empleados de las entidades de economía popular y

Fecha	Actuaciones judiciales
--------------	-------------------------------

solidaria que realicen actividades de intermediación financiera –como el caso que nos ocupa-; así como, los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de dichas entidades que hubiesen contribuido al cometimiento del ilícito de peculado, pues si nuestra Carta Fundamental ordena que las actividades financieras son un servicio de orden público y podrán ejercerse previa autorización del Estado, entonces el o los sujetos activos serán los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las entidades del sector financiero y de economía popular y solidaria, aquello se refuerza con lo estatuido en el Art. 233 de la Constitución que, en su parte final, señala que estas normas se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas –funcionarios públicos-; en la hipótesis fiscal y de acusación particular, advertimos a un empleado –Jefe de la Agencia Sigsig- de una entidad de economía popular y solidaria que realiza actividades de intermediación financiera; por tanto, ejecuta una labor en el marco de una autorización [COMPROBANTE DE EXISTENCIA LEGAL DE ORGANIZACIONES DE LA ECONOMÍA POPULAR Y SOLIDARIA, a través del cual se acredita que la Cooperativa de Ahorro y Crédito CREA LTDA se ha constituido mediante Resolución SEPS-ROEPS-2013-000220, el 11 de abril de 2013, en la ciudad de Cuenca, provincia del Azuay, documento conferido por la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria][[44]]; además se encuentra regida por expresos mandatos constitucionales y legales, como lo es la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria; por tanto, sujeta al control de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria; en la presente causa, esa hipótesis se ve corroborada con la documentación adjunta al memorando No. CREA-CTH-2017-0123, de fecha 24 de octubre de 2017, suscrito por el Ing. Carlos Xavier Sarmiento Ochoa, Coordinador de Talento Humano de la Cooperativa de Ahorro y Crédito CREA LTDA; y que hace relación al Formulario de Información y Compromiso del Empleado, donde consta los datos generales del trabajador, siendo sus nombres Oswaldo Amable Illescas Arcentales, con cédula de identidad 0102548260, constando el cargo ocupado el de Jefe de Agencia, con fecha de ingreso el 05 de abril de 2017 ; amén de ello, con la copia del contrato de trabajo, con lo que se acredita que desde la fecha indicada la persona procesada Illescas Arcentales viene prestando servicios lícitos y personales en calidad de Jefe de Agencia, en las oficinas de la Agencia “SIGSIG”, ubicado en la ciudad de Sigsig, en la calle Corral y 16 de Abril, en el cual consta que el trabajador ejercerá funciones de confianza; labores que las desempeñó hasta el 20 de octubre de 2017, fecha en la que se descubrió frente a unas transacciones inusuales, que Oswaldo Amable Illescas Arcentales había tomado de los dineros de los cuentahabientes en la cantidad de quince mil dólares; en consecuencia, todos aquellos sujetos que contribuyan en la comisión del delito de peculado –en la especie peculado bancario-; y, tienen la calidad de funcionario, administradores, ejecutivo o empleados de las instituciones del sistema financiero popular y solidario, responde como autor, pues el reproche social va dirigido al abuso del poder y responsabilidades otorgadas a los representante, funcionarios y empleados de las entidades de economía popular y solidaria que realizan actividades de intermediación financiera, abusando de la confianza y aprovechándose de su cargo contribuyen en la ejecución del delito.- Por su parte, el sujeto pasivo del delito es el Estado, representada por la entidad de economía popular y solidaria Cooperativa de Ahorro y Crédito CREA LTDA, constituida mediante Resolución SEPS-ROEPS-2013-000220, el 11 de abril de 2013, en la ciudad de Cuenca, provincia del Azuay; por tanto, sujeta al control de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, en el marco de sus competencias y los usuarios –personas naturales o jurídicas- del sistema financiero popular y solidario, en este contexto tenemos: Art. 213 inciso primero de la Constitución de la República, prescribe: “Art. 213.- [Superintendencias].- Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que éstas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. Las facultades específicas de las superintendencias y las áreas que requieran del control, auditoría y vigilancia de cada una de ellas se determinarán de acuerdo con la ley.”- ; el objeto material : Está constituido por los fondos, bienes, dineros o, efectos privados que los representen, sobre los que recae el abuso del sujeto activo, para el caso que nos ocupa principalmente los dineros de los usuarios del sistema financiero popular y solidario, conforme lo analizado supra; y, los medios para la comisión de la infracción: La ley prevé que pueden ser medios para la comisión del delito de peculado la disposición fraudulenta, la apropiación o la distracción de esos fondos, bienes dineros o efectos privados, entendido el primero como colocar o poner algo en orden y situación conveniente, valerse de alguien o de algo, tenerlo o utilizarlo como propio[[45]], despojo doloso que el sujeto activo hace al legítimo propietario de los fondos y que aparece generalmente luego de efectuarse un examen o auditoría especial; al segundo término lo hemos de entender como acción y efecto de apropiar o apropiarse; y, distracción[[46]] como acción y efecto de distraer, cosa que atrae la atención apartándola de aquello a que está aplicada o, entendido como el uso indebido, en igual forma dolosa, que ha realizado el sujeto activo, de los fondos que le fueron confiados y que puede o no suponer apropiación de parte de quien dispone arbitrariamente; también la norma prevé como medio para la comisión de la infracción el haber ejecutado dolosamente operaciones que disminuyan el activo o incrementen el pasivo de la entidad; o disponer de cualquier manera el congelamiento o la retención arbitraria o generalizada de los fondos o depósitos en las instituciones del Sistema Financiero Nacional, causando directamente un perjuicio económico a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, fondos o dinero; y, el tipo subjetivo: El dolo es la forma de culpabilidad en este delito. El culpable de peculado por disposición fraudulenta debe tener conciencia de su cualificación típica y poseer la voluntad de realizar tal disposición sobre los bienes, que sabe son del Estado o siendo fondos privados y que la administración, tenencia o custodia de ellos se le haya confiado por razón de sus funciones, más dispuso, se apropió o los distrajo abusando de las funciones propias de su cargo.- 7.3.- Valoración de la prueba.- De conformidad con lo dispuesto en el Art. 457 del Código Orgánico Integral

Penal, la valoración de la prueba se hará teniendo en cuenta su legalidad, autenticidad, grado actual de aceptación científica y técnica de los principios en que se fundamenten los informes periciales, coherente con aquello, este Tribunal considera, que con los actos y diligencias practicadas dentro de la audiencia oral de juicio se ha probado 7.3.1.- La existencia del ilícito tipificado en el Art. 278 del Código Orgánico Integral Penal , se encuentra acreditada por los siguientes elementos probatorios: A) Sobre la prueba documental presentada consistente en la resolución de constitución/adecuación: SEPS-ROEPS-2013-000220, de 11 de abril de 2013[47]], emitida por la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria –comprobante de existencia legal de organizaciones de la Economía popular y solidaria- se acredita que la Cooperativa de Ahorro y Crédito CREA LTDA, legalmente constituida se encuentra autorizada para realizar actividades económicas, entre ellas actividades de intermediación monetarias realizadas por cooperativas, servicios prestados por cooperativas de ahorro y crédito, conforme se desprende de los documentos “Registro Único de Contribuyentes” del Servicio de Rentas Internas SRI[48]], determinándose que su número de RUC es el 0190158977001, con sucursales, entre ellas la sucursal, ubicada en la provincia del Azuay, cantón Sigsig, parroquia Sigsig, sucursal que inicia su actividad el 06 de abril de 2017, información remitida mediante oficio No. 101012017OSTR004475, de fecha 04 de enero de 2018[49]]; B) Lo anterior se encuentra robustecido con el testimonio de Mario Patricio Barzallo Mendieta , quien compareció en calidad de Gerente; y, por tanto Representante Legal de la Cooperativa CREA LTDA[50]], señalando que entre sus funciones está la planificación, organización, dirección y monitoreo de la institución de conformidad a la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria y el Código Orgánico Monetario Financiero; que la planificación consiste en plantear planes operativos anuales, planes estratégicos, presupuestos y organizar con las agencias los debidos presupuestos y planes operativos; que existe la obligatoriedad establecida en la ley respecto de que la Cooperativa debe tener un auditor interno calificado por la Superintendencia, donde existe un plan anual estrictamente para auditoría, por ello, dentro de esta planificación se organizan visitas in situ y extra situ en todas las agencias de la Cooperativa, entre ellas, se planificó en la agencia del Sigsig; es por ello que, el día 19 de octubre se realiza la auditoría como se registra los asientos contables y cuándo se revisa los mismos; que en las agencias hay tres lugares de dinero que están a cargo del Jefe de Agencia: en el cajero automático, en la bóveda general, en donde se centralizan todos los dineros y él –Jefe de Agencia- reparte a las respectivas ventanillas, pero en la tarde debe regresar de nuevo los saldos de existir los mismos; señaló que ese día -19 de octubre de 2017- el Jefe de Agencia, que para esa fecha era Oswaldo Illescas, quien laboraba en la Cooperativa “Profuturo” que había sido absorbida por la Cooperativa de Ahorro CREA, aprovechando de la ausencia de la auditora general Jhulianna Meza Flores, quien tomaba un break, es cuando realiza transacciones inusuales al tener faltante en bóveda, el Jefe de Agencia Oswaldo Illescas va a caja y pide a la cajera –que en ese entonces era Samantha Marca, quién estuvo bajo sus órdenes-, haga dos retiros de cinco y diez mil dólares, pues lo que buscaba era empatar el descuadre que existía en la bóveda general; es decir, le faltaba ese dinero; al hacer el retiro sin retirar el dinero, automáticamente es como si los socios se hubiesen llevado el dinero; que los cinco mil dólares corresponde a la cuenta del socio Armando Zúñiga y los diez mil dólares de la cuenta de la señora Mercy Carpio; al siguiente día, la cajera al ver que aquel acto era inusual, pues conocen las Resoluciones de la Superintendencia, las recomendaciones de la Junta de Regulación Monetaria y leyes conexas; por lo que, debían informar de cualquier acto inusual; que fue un acto inusual porque fue a su oficina y trajo firmada la papeleta y le sorprende a la cajera, pues al no estar los socios él –jefe de agencia- hace el retiro, esto se verifica con el cumplimiento, que es un proceso que se encarga de revisar todas las anomalías ya sea de socios o del personal interno; y, además todo lo que es lavado de activos; al dar el aviso, se verificó si los socios antes mencionados llegaron a la Agencia; determinándose, luego de verificar las cámaras, en cuanto al socio Armando Zúñiga, a la hora que se hace el retiro, no hay un socio varón que haya ingresado a la agencia; que también verificaron el retiro de la señora Mercy Carpio; ante este dos situaciones se verificaron las firmas, mismas que no correspondían a los registros que tienen en la Cooperativa; por lo que, dispuso que acudan a la agencia del Sigsig, el Econ. Pablo Álvarez, Director de Negocio, conjuntamente con la auditora interna Jhulianna Meza y Fabiola Saquicela, en calidad de oficial de cumplimiento, para saber lo que había acontecido; conoce que habían llegado en la tarde para hacer la verificación y conversaron con el personal, porque quien aviso del hecho –acto inusual- es Alexandra Samaniego, oficial de crédito, luego de que la cajera Samantha Marca le avisó de lo sucedido; por tanto, en primera instancia se reunieron con las personas que denunciaron y luego con Oswaldo Illescas, quien voluntariamente había reconocido que desde hace un mes había utilizado un dinero, en la suma de quince mil dólares y lo que trató de hacer es cuadrar la caja, porque de entregarse el dinero inmediatamente cuadraba caja, lo cual es un evento inusual contablemente; lo anterior lo había reconocido en presencia del Econ. Pablo Álvarez, quien parece estuvo acompañado de Jhulianna Meza y de Fabiola Saquicela; que al haber aceptado esta situación procedió a retirarse de la Institución; y, aproximadamente con fecha 24 se había presentado la denuncia, pero no puede precisar con exactitud; por otra parte, manifestó que la reposición del dinero la realizó el día 26 de octubre de 2017, posterior a la fecha en la que había reconocido el acto cometido; y, luego de presentarse la denuncia, esto es, el acto punible cometido que había sido aceptado fue reparado al depositar los quince mil dólares; que Oswaldo Illescas había expresado que ese dinero los había tomado por un mes; es decir, había expresado que utilizó fondos de la cooperativa; que la relación laboral con el señor Illescas Arcentales viene de la Cooperativa “Profuturo”, pero como Jefe de Agencia firmó un contrato de trabajo[51]]; refirió además que recibió varias llamadas telefónicas de parte de Oswaldo Illescas, quien le indicó que se arrepentía de lo que había realizado que no había tenido intención de causar daño a la institución y le solicitaba se revea la situación de la denuncia.- Al examen directo realizado por su defensa técnica contestó que para el día 19 de octubre de 2017, la cajera era Samantha Marca, quien tenía a su cargo la

Fecha	Actuaciones judiciales
--------------	-------------------------------

transacción del dinero con los socios; es decir, recibe dinero y entrega retiros y recaudación de los servicios, el control del efectivo no estaba a su cargo, sino estuvo a cargo de Jefe de Agencia, quien es el representante del Gerente en una agencia, quien es un administrador de todo el movimiento financiero, se le entrega el rol del manejo de los siguientes recursos: humanos, financiero, material y la tecnología que reposa en la entidad; señalando que si una persona da mil dólares y se utiliza quinientos dólares, para cuadrar de esos mil dólares, puede decir que entregó esos quinientos dólares a otra persona; entonces aparentemente tiene esos mil dólares, pero entrega a una tercera persona y firma ficticiamente; entonces analógicamente es igual, él –procesado- utilizó los quince mil dólares de bóveda, por lo que, hace un retiro en caja; al hacer un retiro ficticio provoca que en caja se reponga esos quince mil dólares y a su vez en bóveda va a cuadrar los mismos, es un artificio contable lo que utiliza, es por eso que el día 19 de octubre, en teoría, no faltaba los quince mil dólares, porque hizo esos retiros falsificando la firma de estos dos socios; pero en la cuenta de los socios falta el dinero; tanto es así, que al día siguiente se hizo presente en la agencia de la Cooperativa la socia Carpio Aguilar para retirar su dinero, pero no se encuentra el saldo en la libreta, ahí él –procesado- le entrega un valor y le dice que se ha dañado la cartola y no le imprime la cartola; el otro socio es Armando Eduardo Zúñiga Brito; lo relatado conoce por los informes de los funcionarios de la Cooperativa; el retiro de dinero consta de un proceso: la papeleta que hay llenarla y registrar eso hizo la cajera, pero a solicitud de Oswaldo Illescas, que es Jefe de la cajera, él no retira físicamente los quince mil dólares para hacer el cuadro de la bóveda general. El dinero de caja general es responsabilidad del Jefe de agencia de la Cooperativa, el dinero de ventanilla, momentáneamente está a cargo del cajero financiero, no tiene la administración, él hace asientos y registros; para la entrega de dineros en ventanilla, el socio sólo tiene que solicitar y se registra en el computador y se entrega la papeleta para registrar la firma; él –procesado- aprovechando de la autoridad solicita esos retiros y se dirige a la oficina aparentando que a va a entregar en la oficina; que si se verificó el retiro de los quince mil dólares en otra fecha; además se determinaron que existieron otros hechos inusuales, pero que no recuerda cuando se retiró ese dinero, pero al 19 de octubre faltaba quince mil dólares; que el informe de auditoría si le fue entregado, mismo que hace relación a los hechos narrados que ya mencionó; finalmente se le informó que al día siguiente cuando se determinó el faltante, el jefe de agencia Oswaldo Amable Illescas Arcentales, voluntariamente había reconocido los retiros, luego de verificar la falsificación de la firma, además se le indicó del estado de nervios en el que se encontraba; reiteró nuevamente que Oswaldo Illescas le llamó telefónicamente por varias veces manifestándole que iba a reponer el dinero, e incluso a su casa llegaron familiares del señor Illescas para querer solucionar y depositar el dinero; C) Con el testimonio de Pablo Xavier Álvarez Álvarez, quien manifestó que laboró en la Cooperativa CREA, en calidad de director de negocios, además cumplía funciones de gerente subrogante cuando lo amerite, con relación a los hechos señaló que el día 20 de octubre del año 2017, recibió una llamada de la oficial de cumplimiento, Fabiola Saquicela, quien indicó que se detectó movimientos inusuales de las cuentas de los socios, Carpio y Zúñiga, esto es, que se había retirado dinero de sus cuentas sin presencia de los socios, pero Oswaldo Illescas, en forma voluntaria y de manera espontánea dijo que realizó estas transacciones sin la presencia de los socios, esto comentó al no contar con el sustento de la transacciones, en ese momento estuvo con su compañera auditora Jhulianna Meza y su persona, dijo que efectivamente tomó los valores respectivos de los socios, que ellos no realizaron las transacciones y que aquello había realizado por un faltante de caja y para compensar el mismo hizo las transacciones para que cuadre el faltante de caja; posterior a ello, sin precisar fechas, indicó que llegó Oswaldo Illescas a la oficina acompañado de sus familiares y, su hijo quiso reponer los valores para evitar problemas; además indicó que se revisó cámaras y se comprobó que no llegaron los socios cuando se registraba la transacción para realizar los retiros; de otra parte, señaló que es obligación de la cajera para hacer retiro requerir que el comprobante de retiro este firmado, a más de que el socio presente su identificación; sin embargo, hay situaciones en los cuales el jefe de agencia tiene autoridad sobre los cajeros; finalmente señaló que luego de haber mantenido una reunión y levantada la información, se concluyó que el Jefe de agencia tomó los valores de caja y realizó transacciones para compensar los faltantes que habían; refirió que cuando se trasladaron a la agencia Sigsig, se realizaron arquezos de caja, es decir, se hizo los cuadros de caja, se hicieron levantamientos y se verificó que concuerde lo detallado con el sistema financiero y con lo que efectivamente se disponía de dinero en efectivo, de modo que, cuando se hizo el cruce de valores se notó que hubieron estas transacciones inusuales, primero porque no estaban los socios para hacer el retiro, que fue lo que le mencionó el oficial de cumplimiento, no había las personas para las transacciones, pero se cuadró los valores; cuando se vio que habían estos movimientos y transacciones inusuales y se hizo el cierre de la visita; en base a ello conversaron con el señor –jefe de agencia-, se hizo una retro alimentación de la información que se manejaba, es cuando Oswaldo Illescas manifestó que él había presionado utilizando su autoridad para que la cajera realice la transacción con su usuario y al final habían rúbricas en las papeletas de retiro que no coincidían con las firmas registradas, que tomó el dinero de la caja general, que lo había ocupado para temas personales, que se disculpaba porque se rompió la confianza como líder de la agencia y que iba a reponer el dinero; mencionó además que Oswaldo Illescas y otros familiares entre ellos un hijo, la nuera y otra persona fueron hasta la Cooperativa y el hijo dijo que estaban para dar la cara, que su padre iba a responder por lo que había hecho y que iba a cancelar los valores tomados, pero no sabía que hizo con la plata, que no recordaba como ingresó el dinero, luego de refrescar su memoria, señaló que los documentos puestos a su vista son ingresos de caja, la fecha corresponde a la de la visita del señor Illescas, quien reconoció del faltante de la caja fuerte de la agencia Sigsig; que el día 20 de octubre de 2017; D) Con el testimonio de Jhulianna Isabel Meza Flores, quien refirió que labora desde hace cinco años en la Cooperativa CREA, en calidad de auditora interna [52] y que sus actividades consisten en hacer planificación anual, que es un plan de trabajo aprobado por la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, en donde se detallan actividades que se realizaran en el transcurso del

Fecha	Actuaciones judiciales
--------------	-------------------------------

siguiente año, actividades para verificaciones financieras, análisis de agencias, financieras, y otras; recordó que estuvo planificada una auditoría para el año 2017 para la agencia Sigsig; en donde se reúne un equipo de compañeros para la revisión en la que se verifican arqueos, se valida como está la agencia en general, los requerimientos que esta necesite y el cumplimiento de los procesos de normativa interna y externa; con relación a los hechos indicó que llegaron a la agencia Sigsig, el día 19 de octubre de 2017, aproximadamente a las 09h30 y los recibió Alexandra Samaniego y otra señora cuyo nombre no recordó, luego se integró Oswaldo Illescas, jefe de la agencia Sigsig, en ese momento ingresaron y dejaron todos los documentos y se retiraron de la agencia, el equipo de trabajo salió a un break y se unió Oswaldo Illescas, no estuvo mucho tiempo ya que dijo que tenía dolor de estómago y que volvería de la farmacia por lo que se retiró, regresaron todos a la agencia y procedieron a revisar el arqueo de caja, hubo un problema porque Oswaldo estuvo un poco indispuesto ya que decía que no era necesario, que se le debió advertir del arqueo de caja, pero como era un arqueo sorpresivo solicitó que abra la bóveda, se encontraba un poco nervioso ya que decía que tenía que sacar un reporte a lo que le manifestó que el reporte no era necesario, que procederían a contar los valores y que luego se realizaría el reporte, en ese momento el Oswaldo Illescas entró a la bóveda y colocó las monedas al piso, le dijo que no se retire que debía contar en su presencia el dinero, se daba muchas vueltas en el espacio pequeño de la bóveda y le dijo que estaba muy estresado con su trabajo y que ella llegaba a estarle auditando, a lo que le manifestó que era un proceso normal y que no era la primera vez que se hacían ese tipo de auditoría, terminó el conteo y fue a verificar el reporte que da el sistema y se verificó una diferencia, le preguntó al señor Illescas por qué de esta diferencia, dijo que había ido a realizar los retiros y habían varias papeletas de retiro sin firmas de los socios, por lo que le preguntó a la cajera Samantha Marca por qué las papeletas estaban sin firma, a lo que le indicó a Oswaldo y dijo: "ya ve yo dije que firme"; y él le reclamó diciendo que ella es la que le debe hacer acuerdo que firme los documentos; frente a lo cual la deponente le dijo a Samantha que debe respetar los protocolos, además le preguntó si se habían presentado más casos a lo que le contestó en ese momento que no; de otra parte, indicó no fue posible hacer auditoría en caja en ese momento por la afluencia de socios y no se podía cortar el servicio; pero si se hizo el arqueo en el cajero automático ATM, Oswaldo fue grosero con la persona responsable ya que quería que termine el proceso, luego de que se hizo el cuadro en un ATM, revisó otros aspectos de la agencia, las carpetas de crédito y regresaron a Cuenca con el equipo el día 19 de octubre, ese día no se le informó de ninguna anomalía; al día siguiente, el 20 de octubre, Jhulianna Meza refirió que Alexandra Samaniego, oficial de crédito le comunica a Fabiola Saquicela, que en la mañana del día 19 de octubre cuando el equipo no se encontraba, Oswaldo Illescas había regresado a la agencia para realizar dos retiros, de las cuentas de dos socios, de cinco y diez mil dólares, uno del socio de apellido Carpio y de otro socio de apellido Zúñiga, con esa información fueron a realizar una verificación con el director de TICS, pidió a Iván Muñoz que le ayude a ver en las cámaras de la agencia, así como verificar las transacciones que fueron realizadas en esas horas, se evidenció que en el transcurso de 09h30 a 10h15, Oswaldo Illescas con su usuario y contraseña había transferido de bóveda a la caja de ventanilla quince mil dólares; en dos transacciones, una de cinco dólares y la otra de diez mil dólares; además, se verificó en las cámaras de la agencia que en las horas descritas no se veían socios que estuviesen realizando transacciones en caja; por lo que, reportó la anomalía; además se observó que las firmas tenían rasgos diferentes a las de la cédula de los socios; así también, unos minutos antes había acudido la socia Mercy Carpio, y le había dicho a Samantha que le imprimiera la cartola, en donde se detallan los retiros y depósitos, pero Oswaldo Illescas le dijo que no le imprimiera la cartola y que le diga que estaba dañada la impresora, esta fue otra alerta en donde no se dio a un socio la cartola en la que consta la información de sus depósitos y la firma tenía rasgos diferentes a los que se tenía en la papeleta de retiro; con estas inconsistencias indicó que comunicó a Pablo Álvarez, director de negocios, para realizar una verificación in situ en la agencia en cuestión, efectivamente a las 16h30 aproximadamente con su compañera Fabiola Saquicela, oficial de cumplimiento, el economista Pablo Álvarez con la deponente se dirigieron a la agencia Sigsig, empezaron a hacer un arqueo de caja, se lo realizó y lo validó, había un faltante de 9 centavos, Oswaldo estaba nervioso y pensaba que se realizaría una capacitación, mas no el arqueo de caja; la auditora Jhulianna Meza le indicó a Oswaldo Illescas que existían unas inconsistencias y que se quería saber el porqué de las mismas, frente a lo cual Oswaldo espontáneamente dijo que iba a ser sincero y que lamentablemente él había tomado el dinero, veinte mil dólares hace un mes, tenía una necesidad muy grande, dijo que se sentía mal, estaba muy apenado, que le den tiempo para devolver el dinero y no afectar a los socios; este hecho fue reportado a gerencia y Oswaldo Illescas dijo que renunciaría al cargo, por lo que, se le encargó la agencia a Julia Portilla, hasta que se la oficialice en el cargo; además Meza Flores indicó que ese día 20 de octubre, Oswaldo quiso romper papeles de la institución, eran documentos de la extinta cooperativa "Profuturo"; que fue absorbida por la Cooperativa CREA, no rompió estos papeles sino que los puso en su bolsillo de su saco y cuando recogía sus cosas dijo que esos documentos eran de él, esos documentos eran depósitos a plazo fijo y trató de arreglarlos fotocopiándolos y escaneándolos; pero días después un socio había llamado solicitando le ayuden con su póliza que vencía en diciembre de ese año y que con el señor Oswaldo hacía un documento falso para que la póliza venza más pronto y así mentirle a un familiar de esta socia, eso había sido normal con el señor Illescas, posteriormente se identificó con la socia dos documentos más que eran falsos y la socia fue a la agencia con los documentos firmados por el señor Illescas y era un documento en una hoja de papel bond en donde habían falsificado un documento depósito a plazo fijo de la Cooperativa; de otra parte, indicó que se emitió un memorando, en el cual se indica que cuando se visitan las agencias, según el protocolo de auditoría, se verifica los arqueos, la infraestructura, se valida el cumplimiento de la normativa interna, verificación de cajas y arqueos; es por ello que, en base a esa disposición se verificó incumplimientos de la compañera Samantha Marca que no siguió el protocolo, por ello fue sancionada y se le llamó la atención; que ese mismo día 20 de octubre

Fecha Actuaciones judiciales

conversó con Oswaldo Illescas, luego de las verificaciones en el sistema de usuarios se redactó en el informe y se le indicó que él había suplantado las firmas, siendo una falta al reglamento interno de trabajo, que se inventó transacciones en el sistema financiero, frente a lo cual le narró que él –Oswaldo Illescas- utilizó fondos de terceros, con base en aquello la declarante recomendó a la administración que se dé a conocer a Fiscalía, porque presuntamente habría peculado; finalmente manifestó que realizó la auditoría en la agencia Sigsig por cuanto se encuentra acreditada en la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, que los supuestos retiros que realizó Oswaldo Illescas fueron de las cuentas de los socios Armando Zúñiga Brito y Mercy Carpio; y, el dinero retirado aparentemente fue enviado de la bóveda de la agencia Sigsig, a ventanilla; luego se aparentó que en caja - ventanilla habían sido retirados los fondos por los socios; expresó además que pudo conversar con todo el personal: con Oswaldo Illescas, Jefe de Agencia, Samantha Marca en la caja, Alexandra Samaniego, oficial de crédito y la compañera encargada del ATM; que Samantha Marca le contó lo de la falta de firmas en las papeletas de retiros de la cuenta del socio Armando Zúñiga, le hizo conocer que Oswaldo Illescas ejerció presión sobre ella, también le dijo que no se presentaron más casos como ese. Al día siguiente, 20 de octubre de 2017, fue a la agencia Sigsig, a las 16h30 y se retiró alrededor de las 20h00, no conversó Samantha Marca, pero si lo hizo con Oswaldo Illescas y Julia Portilla; ese día realizó arquezos para verificar el valor del cierre con el valor que consta en efectivo; que si bien el día 19 de octubre no existió novedades, no realizó el arqueo de caja - ventanilla, pero si realizó el arqueo del cajero automático que estuvo correcto; el arqueo de caja para cierre lo solía hacer el jefe de agencia y no Samantha Marca, porque ella no es responsable del cierre de caja sino el jefe de agencia, quien tiene que validar y Samantha Marca en el transcurso del día quedaba de custodia; precisó que se realizó un débito de caja de ventanilla, de acuerdo al reporte 803, se verificó que Oswaldo lo realizó en una máquina y lo que se vio en las cámaras es que Samantha Marca, fue quien emitió y realizó la transacción cuando Oswaldo Illescas estuvo al lado de ella; por tanto, Oswaldo realizó esa transacción de bóveda a caja y Samantha de caja al socio, por pedido de Illescas Arcentales; al día siguiente, estuvo en el almuerzo con Fabiola Saquicela y recibió una llamada de Alexandra Samaniego, quien le mencionó que Samantha le ha contado que el señor Oswaldo Illescas, cuando el equipo de auditoría salió al break, él –procesado- regresó a la caja y realizó estas transacciones y pidió a Samantha que hiciera estos retiros de los socios; y, respecto de las papeletas de retiros le llegaron fotos a WhatsApp, fotos que luego fueron descargadas del sistema informático de la Cooperativa, tuvo acceso a las papeletas escaneadas, las del sistema; indicó que no en todos los arquezos se necesita de una pericia contable, por los indicios encontrados y por la confirmación de Oswaldo, quien dijo que él había tomado el dinero, por esta razón no se realizó la pericia contable; Samantha Marca incumplió funciones, específicamente la de verificar la identidad del socio con la cartola y también por no registrar la firma en el caso del supuesto socio que realizó su retiro con las firmas registradas. El señor Oswaldo Illescas preguntaba por qué se lo iba a auditar y porque no se lo dijo con anticipación, la forma como dejó las monedas en el suelo; además quería irse a otra computadora cuando no podía hacerlo, porque se estaba contando el dinero del cual él era el responsable y, se portó un poco grosero con Samantha Marca, ese día de la auditoría el ambiente fue tenso; E) Con el testimonio de María Fabiola Saquicela Cobos, quien dijo ser ingeniera en contabilidad y auditora y que trabajó en la Cooperativa CREA, en calidad de oficial de cumplimiento, por lo que, le correspondía realizar el control de procedimientos para evitar el lavado de activos en la Cooperativa, siendo gerente de la entidad el Ing. Patricio Barzallo; dentro de sus funciones tenía que realizar auditorías y revisiones en las agencias, por eso, el día 19 de octubre de 2017, que acudió con dos compañeros a la agencia Sigsig, llegaron a las ocho de la mañana, como verificación de su trabajo procedió a revisar la carpeta de los socios; cuando se encontraban trabajando el señor Illescas les invitó a desayunar y aceptaron la invitación, además acudió Alexandra Samaniego, oficial de crédito; cuando llegaron al local, el señor Illescas dijo que tenía dolor de barriga y salió del restaurante; a los pocos minutos regresó a la agencia, que realizó la revisión de auditoría, de operaciones y de tics, luego regresaron a la matriz, en Cuenca; el día 20 de octubre estuvo con su compañera Jhulianna Meza, auditora de la matriz; más o menos a la una de la tarde recibió la llamada de Alexandra Samaniego, quien le informó de una operación inusual que se había suscitado el día 19; es decir, el día anterior, refiriéndoles que la cajera Samantha Marca le había mencionado que cuando salieron a desayunar, Oswaldo Illescas había llegado a la agencia y le había solicitado realice el retiro de dinero de la cuenta de dos socios de la Cooperativa, como constancia de aquello le había mandado a su WhatsApp las fotografías de las papeletas de retiro, le comentó a la auditora Jhulianna Meza y se fueron a verificar en el sistema ese retiro y efectivamente estaban los retiros por los montos referidos; luego con la auditora realizaron la revisión de las cámaras; en este caso, los socios nunca se acercaron a la ventanilla, por lo que, dio aviso al gerente de crédito, Ing. Pablo Álvarez e inmediatamente fueron hasta la agencia de Sigsig para ver cómo se manejaba el tema; que llegaron a la agencia del Sigsig, a la seis de la tarde y realizó el arqueo de la caja general y de la bóveda; que su función llegó hasta reportar a la UAFE, sobre esta actividad inusual; precisó que el día 19 de octubre de 2017, llegaron a la agencia Sigsig a eso de las 08h15 u 08h30, y a eso de las 09h15 salieron a tomar break, regresaron al almuerzo y realizaron una revisión rápido, tomaron media hora, Illescas sólo hizo el pedido dijo que duele el estómago y salió; cuando revisaron los videos conjuntamente con Jhulianna Meza, pudo visualizar claramente que Oswaldo Illescas ingresó a la caja interna, habla con la cajera, pero se le notaba nervioso, impaciente; observó que le dijo alguna situación a Samantha, lo que le llamó la atención y por eso se debía analizar esa situación con mayor profundidad; como los retiros ya estaban reflejados en el sistema, tenían que verificar si llegaron los socios, en efecto pudieron verificar que los socios Zúñiga y Carpio jamás se acercaron a la ventanilla; por tanto, esos retiros se hicieron, pero no por parte de ellos; que pudo escuchar la conversación que mantuvo el Ing. Pablo Álvarez con el procesado –Oswaldo Illescas-, quien en forma espontánea dijo “Pablito discúlpeme, yo acepto mi culpa”; y,

con relación a los hechos sostuvo que el día 19 de octubre de 2017, que Samantha Marca, fue quien hizo el retiro de los dineros por orden del señor Illescas; es decir, imprimió la papeleta donde se efectiviza el retiro de ese monto por pedido de su jefe; que no conversó con Samantha Marca, sólo conversó con Alexandra y observó el video en la matriz, entre las 09h15 y 09h45 más o menos; F) Con el testimonio de Samantha Elizabeth Marca Jaramillo [53]], quien nos hizo conocer que en el mes de octubre de 2017 laboraba en la agencia CREA en el Sigsig, en calidad de cajera, en esa fecha, en horas de la mañana, tuvieron la visita de auditoria, tics y otros miembros de la Cooperativa, estuvieron revisando, luego fueron a desayunar, se fueron los de tics, auditoría, pero no recuerda sus nombres; Oswaldo Illescas era jefe de agencia, aproximadamente a los treinta minutos regresó, que ella estuvo en caja, llegó Oswaldo Illescas y le pidió dos papeletas de retiro vacías y se fue a su oficina, luego regresó Oswaldo Illescas con las papeletas firmadas y con los números de cédula de los socios uno de ellos de apellido Zúñiga; le dijo que le dé retirando cinco mil dólares y diez mil dólares, le dijo que no porque estaba con bastantes clientes; informó que para retirar dinero se requiere la presencia del cliente, su cédula, sus nombres y la firma; pero en este caso no estaba el cliente; y, el señor Illescas vino con las papeletas firmadas por los socios y le dijo yo soy jefe de agencia y le estoy autorizando ese retiro, que las papeletas estaban firmadas y ella no tiene acceso a ver la firma de los socios, eso se dieron cuenta sus compañeras, pero eso fue al día siguiente, le informó primero a su compañera Elsa Rivera, quien era cajera también; que se dio cuenta porque don Oswaldo estaba nervioso, estaba rojo, entraba, salía, subía y bajaba, por eso le pareció raro; cuando se fueron a desayunar, se quedaron en la agencia Elsa Rivera y ella –deponente-, y Oswaldo Illescas regresó solo; luego precisó que fueron dos los retiros uno de cinco mil y otro de diez mil dólares; que en su caja no podía tener más de 5 mil dólares, por eso Oswaldo Illescas tenía que hacer transferencia desde bóveda a caja, y se hizo la transferencia de su caja; en la Cooperativa existe cajas y bóveda, el jefe de agencia Illescas controlaba bóveda donde estaba todo el dinero de la Cooperativa y la deponente controlaba cajas y ella tenía de cinco mil dólares, no podía tener más, y él tenía cierta cantidad, pero cuando le dijo que le dé retirando los cinco mil y diez mil dólares de la cuenta de los socios, ella sólo tenía cinco mil dólares en caja, pero desde el sistema le transfirió diez mil dólares de bóveda a caja y ella hizo el retiro por sistema de diez mil dólares y cinco mil dólares en efectivo de caja le entregó a Illescas quien llevó a bóveda, en total se retiraron quince mil dólares; que el retiro era de dos socios, era un hombre y una mujer; al día siguiente, la socia se acercó a la cooperativa, en ese momento Oswaldo Illescas estuvo bajando a cajas, y le indicó que le diga a la socia que el sistema estaba dañado y que no le imprima la libreta para que no saliera la transacción, ella dijo que regresaba otro día para registrar a transacción; de lo acontecido el día diecinueve de octubre le contó a Elsa Rivera y al día siguiente Elsa Rivera le contó a Julia Portillo y ella le comentó a Alexandra Samaniego, ellas se encargaron de revisar las firmas, luego le contaron a Fabiola Saquicela, que Oswaldo Illescas era su jefe inmediato en cajas; informó además que cuando Oswaldo Illescas le pidió que realice dos retiros, a lo que ella contestó que no, porque estaba bastantes socios y que necesitaba que los socios estén ahí para hacer el retiro y que presenten la cédula; que tuvo los cinco mil dólares en un cajón de su escritorio, y que Illescas sacó y retiro lo cinco mil dólares y se fue a bóveda; que bóveda maneja el jefe de agencia y caja maneja la cajera, que para que ella tenga los diez, él hizo transferencia desde bóveda a caja por el sistema, por eso estuvo en su caja los diez mil dólares; por tanto, salió el dinero de la Cooperativa por sistemas, es una transferencia en sistemas y no se necesita clave, de esto informó a Elsa Rivera, además le contó que le hizo realizar las transferencias y que estaba raro porque estaba nervioso; G) Con el testimonio del perito Denis Ivan Chamba Vega [54]], quien manifestó que realizó la pericial documental a petición del fiscal Pedro Maldonado, quien le dispuso se realice el cotejamiento de las firmas de los comprobantes o papeletas de retiro de la Cooperativa CREA, asignados con la numeración 0002011, el comprobante 0002012 y el comprobante 0002042; con la finalidad de comprobar si correspondían a las firmas de la señora Mercy Carpio y del señor Armando Zúñiga, para esto se trasladó al cantón Sigsig a la agencia de la Cooperativa CREA, la señora jefa de agencia le presentó los documentos dubitados, los comprobantes de retiro antes mencionados para que realizara el análisis de las firmas correspondientes; en el mismo lugar tomó muestras de cuerpos escritos de la señora Mercy Carpio y del señor Armando Zúñiga luego de realizar el análisis de las firmas dubitadas, así como las indubitadas de los ciudadanos, se examinó cada uno de los trazos que conforman las firmas de los ciudadanos referidos y llegó a las siguientes conclusiones: 1.- La firma dubitada asignada con el No. 1 constante en el documento No. 1 del comprobante de retiro de ahorros de la Cooperativa CREA número 0002011 de fecha 19 de octubre, por un valor de diez mil dólares atribuido a la señora Mercy Carpio, no corresponde ni gráfica ni morfológicamente con las firmas indubitadas proporcionadas por Mercy Carpio; 2.- La firma asignada como No. 2, obrante en el documento No. 2, siendo un comprobante de retiro de ahorros de la Cooperativa CREA, asignado con la numeración 2042, por un valor de doscientos dólares de fecha 20 de octubre del 2017 si se corresponde gráfica y morfológicamente con las firman indubitadas proporcionadas por Mercy Carpio, es decir, provienen de la misma personalidad gráfica; 3.- La firma dubitada asignada como No. 3, obrante en el documento No. 3, el comprobante de retiro de ahorros de la Cooperativa CREA No. 0002012 de fecha 19 de octubre del 2017 por el valor de cinco mil dólares atribuido al señor Armando Zúñiga no se corresponde ni gráfica ni morfológicamente con las firmas indubitadas por el señor Armando Zúñiga, es decir, no provienen de la misma personalidad gráfica; en el informe se detallan características con fines ilustrativos relacionado a la correspondencia o no de las firmas objeto del peritaje; H) Con el testimonio del perito Sandro Nazaret Apunte Andrade [55]], en lo principal señaló que fue designado por el fiscal Pedro Maldonado para realizar las diligencias investigativas, así como el reconocimiento de lugar de los hechos, por existir una denuncia por un presunto delito de peculado, denuncia presentada por Mario Barzallo; procedió a la geo localización del lugar de los hechos en la provincia del Azuay, cantón Sigsig, en la calle Corral entre las calles 16 de Abril y Salazar, en las instalaciones de la Cooperativa Ahorro y Crédito CREA Ltda., precisando que este

Fecha	Actuaciones judiciales
--------------	-------------------------------

lugar se considera como área urbana con vía de primer orden con alumbrado público y cámaras de video de seguridad de la entidad; precisando que el 17 de noviembre del 2017, a las 11h20 aproximadamente se constituyó en el lugar, específicamente en la parte interna de la Cooperativa CREA, en la que observó una infraestructura de hormigón armado, color blanco, registro de cámaras de seguridad, alumbrado eléctrico, varias áreas entre ellas el área de atención al cliente, caja, bodega; así como la caja #1 en donde se consumaron los hechos, misma que estaba asignada a Samantha Marca; que tomó fotografías de todos los lugares en cuestión; la conclusión a la que arribó fue que el lugar existe y se encuentra ubicado en la dirección antes mencionada;

I) Con el testimonio del perito Ángel Ramiro Cuji Yumbilla[56]], quien realizó la pericia de audio y video de un video con una duración de 20 minutos, mismo que fue reproducido para la exposición del perito, precisando que la pericia la realizó el 5 de enero del 2018, a las 11h00; en el interior de las oficinas del departamento de Criminalística del Azuay, con la presencia del señor fiscal, el abogado Andrés Clavijo, procurador de la Cooperativa CREA, quien proporcionó la información del caso; por parte, de la secretaria de Fiscalía, mediante la cadena de custodia sin número, se le entregó un dispositivo CD, marca Princo, color blanco, el mismo que contenía un archivo de video; el archivo de video se trataba de captaciones de imágenes de unas cámaras fijas ubicadas en el interior y exterior del lugar, en horas del día, con imágenes a color, se observó una escena cerrada en el interior de la entidad financiera en donde se visualizó en la parte frontal del enfoque de cámara a varios cubículos designados para cajeros de atención al público; el referido abogado Andrés Clavijo procedió a reconocer a las personas individualizadas en el informe de audio; como P1 una persona de sexo femenino reconocida como Samantha Elizabeth Marca; como P2 una persona de sexo masculino reconocido como Oswaldo Amable Illescas; se utilizó el CD que obra en el expediente, sobre el cual se realizó la pericia; se aprecia en la parte superior de la imagen la fecha y la hora, en la parte inferior pasillo 5 se observa el nombre del lugar que es el pasillo 5, se observa el costado derecho una persona de sexo femenino identificada como P1 ubicada en el cubículo realizando las actividades normales, se observa ingresar a P2, quien se ubica en la parte posterior del cubículo de P1 y se aprecia que P1 entrega a P2 un objeto similar a un fragmento de papel y P2 lo recoge y se ubica al costado izquierdo y sale del enfoque de cámara por la parte posterior, se observa que P1 continua sus actividades; posterior se aprecia que nuevamente aparece en el enfoque de la cámara a P2 y continúa con el fragmento tipo papel que ubica sobre el escritorio y aparentemente manipula un objeto similar a un teléfono celular, sujeta el objeto o fragmento de papel y permanece en el lugar, se observa que manipula el objeto ubicado en el cubículo mientras P2 observa hacia el costado izquierdo acto seguido observa el fragmento de papel aparentemente conversa con P1 y retorna nuevamente al lugar donde se encontraba, acto seguido sale del enfoque de la cámara por la parte inferior; se observó que sale por el área de cubículos de cajeros, saliendo por la parte frontal de la cámara, se observa que retorna al enfoque de la cámara la P2 y aparece por la parte inferior; luego aparece por la parte inferior y se ubica en el cubículo localizado en el costado izquierdo a lado de P1 donde realiza movimientos de su mano y retorna al lugar donde se encontraba y manipula la computadora; se aprecia que a las 09h32, P2 deja documentos y manipula un objeto tipo rectangular papel moneda y P2, sale del enfoque de la cámara; el perito llegó a la conclusión de que el CD existe, así como lo referente a la reproducción de las imágenes que contiene, se visualizó las características físicas de las personas de forma regular; indicó además que en la parte superior de la imagen se lee la fecha 10-19-2017 hora 09h33; el inicio del archivo es desde las 09:20:03 hasta 09:39:27; a las preguntas realizadas en el examen directo contestó que P2 manipulaba un fragmento rectangular con características similares a papel moneda, en el cubículo localizado en el costado izquierdo en donde se encontraba la P1, en el transcurso de la reproducción del archivo se evidencia que P1 atiende con normalidad a los usuarios, mientras manipula este fragmento de papel no se evidencian personas frente a la cámara; J) Sumado a los testimonios y a la prueba pericial referida en líneas anteriores, mismos que son concordantes y relacionados estrechamente entre sí, de acuerdo a los señalado en el Art. 502.1 del COIP; contamos con la prueba documental consistente en: J.1.- El contrato de trabajo, suscrito entre el Gerente y Representante legal de la Cooperativa de Ahorro y Crédito CREA LTDA[57]] y el procesado Oswaldo Amable Illescas Arcentales, con lo que se prueba que el ahora procesado Illescas Arcentales en efecto prestó servicios lícitos y personales en la Cooperativa en calidad de Jefe de Agencia del cantón Sigsig, entre 05 de abril de 2017 hasta el 20 de octubre de 2017, fecha en la que voluntariamente deja su puesto de trabajo conforme se acreditó con el testimonio de la auditora Jhulianna Meza Flores; así mismo conforme lo había expresado por el gerente y representante legal de la Cooperativa CREA Ltda., en el sentido de que Oswaldo Illescas, venía de la Cooperativa “Profuturo” que fue absorbida por la Cooperativa de Ahorro CREA, lo cual en efecto se ha probado con la documentación que en copias certificadas se adjunta al Memorando No. CREA-CTH-2017-0123, de fecha 24 de octubre de 2017, suscrito por el Ing. Carlos Xavier Sarmiento Ochoa, Coordinador de Talento Humano, documentación que consiste en el formulario de información y compromiso del empleado, determinándose en el numeral 5 en cuanto a experiencia laboral, consta “Profuturo” fecha de inicio 2005-07 fecha de labores 2017-04” y en el documento de folios 126 consta que se desempeñó como Jefe de la Agencia Sigsig en COAC “Profuturo”, desde 01 de junio de 2005 hasta el 03 de abril de 2017; prueba documental que acredita que el procesado estuvo vinculado laboralmente con la Cooperativa de Ahorro y Crédito CREA LTDA[58]], documentación que no ha sido refutada por la defensa de la persona procesada y con la cual se acredita la calidad de sujeto activo del delito; J.2.- Los Estados de cuenta de los ciudadanos Armando Eduardo Zúñiga Brito y Mercy Marlene Carpio Aguilar en la Cooperativa CREA, con los cuales se acredita que de la cuenta #44182 del ciudadano socio con el número 27641Armando Eduardo Zúñiga Brito, en fecha 19 de octubre de 2017, consta un retiro con libreta por la cantidad de cinco mil dólares; de igual manera, consta en el estado de la cuenta #38408 de la ciudadana socia número 22034 Mercy Marlene Carpio Aguilar, en fecha 19 de octubre de 2017, consta el retiro con libreta de diez mil dólares[59]

Fecha	Actuaciones judiciales
--------------	-------------------------------

]; 7.3.2.- La participación y responsabilidad de la persona acusada Oswaldo Amable Illescas Arcentales , se encuentra probada con: A) Con el testimonio de Samantha Elizabeth Marca Jaramillo, porque nos hizo conocer que en el mes de octubre de 2017 en la agencia CREA en el Sigsig, en horas de la mañana, tuvieron la visita de personal de auditoria de la Cooperativa, cuando los auditores se fueron a desayunar, Oswaldo Illescas, jefe de agencia, se acercó a cajas y le pidió dos papeletas de retiro vacías y se fue a su oficina; cuando regresó Oswaldo Illescas con las papeletas firmadas y con los números de cédula de los socios, uno de ellos de apellido Zúñiga; le dijo que retire cinco mil dólares y diez mil dólares, a lo que ella contestó que no, porque estaban bastantes socios y que necesitaba que los socios estén ahí para hacer el retiro y que presenten la cédula, entonces Oswaldo Illescas le dijo: yo soy jefe de agencia y le estoy autorizando ese retiro; de otra parte, indicó que en su caja no podía tener más de cinco mil dólares, por eso Oswaldo Illescas realizó una transferencia desde bóveda a caja, pero sólo en el sistema, lo anterior debido a que el jefe de agencia Illescas controlaba bóveda, lugar donde está todo el dinero de la Cooperativa y la señora Marca hizo el retiro por sistema de diez mil dólares y los cinco mil dólares en efectivo de caja estuvo en un cajón de su escritorio y Oswaldo Illescas fue a caja y retiró los cinco mil dólares y se fue a bóveda, en total se retiraron quince mil dólares de las cuentas de dos socios; al día siguiente, la socia se acercó a la Cooperativa, en ese momento Oswaldo Illescas le indicó que le diga a la socia que el sistema estaba dañado y que no le imprima la libreta para que no saliera la transacción; B) Con el testimonio de Jhulianna Isabel Meza Flores, auditora interna de la Cooperativa CREA, al indicar que en la auditoria planificada a la Agencia de la Cooperativa en el cantón Sigsig, llevada a cabo in situ el día 19 de octubre de 2017, procedieron a revisar el arqueo de caja, señalando que Oswaldo Illescas no se mostró dispuesto a colaborar en la auditoria, pues decía que no era necesario, que se le debió advertir del arqueo de caja, porque fue un arqueo sorpresivo, por lo que, se le solicitó que abra la bóveda, Oswaldo Illescas entró a la bóveda y colocó las monedas al piso, se le dijo que no se retire que debía contar el dinero en su presencia, cuando terminó el conteo, fue a verificar el reporte que da el sistema y se verificó una diferencia, le preguntó al señor Illescas por qué de esta diferencia, a lo que contestó que habían retiros de socios; que luego de revisar varias papeletas de retiro, observó que algunas estaban sin firmas de los socios, por lo que, le preguntó a la cajera Samantha Marca por qué las papeletas estaban sin firma, la cajera dirigiéndose a Oswaldo, dijo: “ya ve, yo dije que firme”; pero él le dijo que ella es la que le debe hacer acuerdo que firme los documentos; al día siguiente, el 20 de octubre Alexandra Samaniego, oficial de crédito le comunica a Fabiola Saquicela, que el día anterior cuando el equipo no se encontraba en la agencia, Oswaldo Illescas había regresado para realizar dos retiros de las cuentas de dos socios, de cinco y diez mil dólares, uno del socio de apellido Carpio y de otro socio de apellido Zúñiga[60] , con esa información fueron a realizar una verificación con el director de TICS Iván Muñoz, en las cámaras de la agencia, así como verificar las transacciones que fueron realizadas en esas horas, se evidenció que en el transcurso de 09h30 a 10h15, Oswaldo Illescas con su usuario y contraseña había transferido de bóveda a la caja de ventanilla la cantidad de quince mil dólares, en dos transacciones, una de cinco dólares y la otra de diez mil dólares; además, se verificó en las cámaras de la agencia que en las horas descritas no se veían socios que estuviesen realizando transacciones en caja[61]]; por lo que, reportó esta anomalía; además se observó que las firmas tenían rasgos diferentes a las de la cédula de los socios[62]]; así también, la socia Mercy Carpio había acudido a la Agencia y le había dicho a Samantha Marca que le imprimiera la cartola , en donde se detallan los retiros y depósitos, pero Oswaldo Illescas le dijo que no le imprimiera la cartola y que le diga que estaba dañada la impresora; que al trasladarse a la Agencia de la Cooperativa en el Sigsig, para verificar in situ lo que estaba aconteciendo –esto el 20 de octubre de 2017, a las 16h30-, conjuntamente con su compañera Fabiola Saquicela, oficial de cumplimiento y el economista Pablo Álvarez , realizaron un arqueo de caja, encontrando un faltante de nueve centavos; Oswaldo estaba nervioso se le comentó que existían unas inconsistencias y que se quería saber el porqué, Oswaldo espontáneamente dijo que iba a ser sincero y que lamentablemente él había tomado el dinero, veinte mil dólares hace un mes atrás porque tenía una necesidad muy grande, dijo que se sentía mal, estaba muy apenado, que le den tiempo para devolver el dinero y no afectar a los socios; este hecho fue reportado a gerencia y Oswaldo Illescas dijo que renunciaría al cargo; además, cuando conversó ese día 20 de octubre con Oswaldo Illescas, luego de las verificaciones en el sistema de usuarios que se redactó en el informe, se le indicó que él había suplantado las firmas, siendo una falta al reglamento interno de trabajo, que se inventó transacciones en el sistema financiero, frente a lo cual le narró que él –Oswaldo Illescas- utilizó fondos de terceros, con base en aquello la declarante recomendó a la administración que se dé a conocer a Fiscalía, porque presuntamente habría peculado, pues los retiros que realizó Oswaldo Illescas fueron de las cuentas de los socios Armando Zúñiga Brito y Mercy Carpio; y, el dinero retirado aparentemente fue enviado de la bóveda de la agencia Sigsig, a ventanilla; luego se aparentó que en caja - ventanilla habían sido retirados los fondos por los socios, pues de acuerdo al reporte se verificó que Oswaldo lo realizó en una máquina y lo que se vio en las cámaras es que Samantha Marca, fue quien emitió y realizó la transacción cuando Oswaldo Illescas estuvo al lado de ella; por tanto, Oswaldo realizó esa transacción de bóveda a caja y Samantha de caja a la cuenta del socio, pero por pedido de Illescas Arcentales; C) Con el testimonio de Pablo Xavier Álvarez Álvarez, director de negocios de la Cooperativa, quien refirió los hechos acontecidos el día 20 de octubre del año 2017, cuando por una llamada telefónica de la agencia del Sigsig a la oficial de cumplimiento Fabiola Saquicela, se detectó movimientos inusuales de las cuentas de los socios, Carpio y Zúñiga, esto es, que se había retirado dinero de sus cuentas sin presencia de los socios, indicando que fue Oswaldo Illescas, quien en forma voluntaria y de manera espontánea dijo que realizó estas transacciones sin la presencia de los socios, esto comentó al no contar con el sustento de la transacciones, en ese momento estuvo con su compañera auditora Jhulianna Meza; que Oswaldo Illescas le dijo que efectivamente tomó los valores respectivos de los socios, que ellos no realizaron las transacciones y que aquello había

Fecha Actuaciones judiciales

realizado por un faltante de caja y para compensar el faltante de caja hizo las transacciones para que cuadre el faltante de caja; asimismo indicó que Oswaldo Illescas había llegado a su oficina acompañado de sus familiares y, su hijo quiso reponer los valores para evitar problemas; cuando se detectó y verificaron estos movimientos y transacciones inusuales, en base a ello conversaron con Oswaldo Illescas, quien había manifestó que él había presionado utilizando su autoridad para que la cajera realice la transacción con su usuario, además se verificó que las rúbricas en las papeletas de retiro no coincidían con las firmas registradas, por lo que, Oswaldo Illescas aceptó que tomó el dinero de la caja general, que lo había ocupado para temas personales, que se disculpaba porque se rompió la confianza como líder de la agencia y que iba a reponer el dinero ; finalmente refirió con base al comprobante de ingreso[63]] puesto a su vista que ingresó el dinero a caja y que la fecha constante en el mismo corresponde a la fecha de visita del señor Illescas; D) Con el testimonio de María Fabiola Saquicela Cobos, quien indicó que el día 20 de octubre de 2017 recibió una llamada de Alexandra Samaniego, informándole de una operación inusual que se había suscitado el día anterior 19 en la agencia de la Cooperativa en el Sigsig; que la cajera Samantha Marca le había mencionado que cuando salieron a desayunar, Oswaldo Illescas había llegado a la agencia y le había solicitado realice el retiro de dinero de la cuenta de dos socios de la Cooperativa, como constancia de aquello le había mandado a su WhatsApp las fotografías de las papeletas de retiro, le comentó a la auditora Jhulianna Meza y verificaron en el sistema ese retiro y efectivamente estaban los retiros por los montos referidos; luego con la auditora realizaron la revisión de las cámaras, pudiendo verificar que los socios Zúñiga y Carpio jamás se acercaron a la ventanilla, por tanto, esos retiros se hicieron, pero no por parte de ellos; por lo que, dio aviso al gerente de crédito, Ing. Pablo Álvarez e inmediatamente fueron hasta la agencia de Sigsig para ver cómo se manejó el tema; que llegaron a la agencia del Sigsig, a la seis de la tarde y realizó el arqueo de la caja general y de la bóveda; que pudo escuchar la conversación que mantuvo el Ing. Pablo Álvarez con el procesado &Oswaldo Illescas-, quien en forma espontánea dijo &Pablito discúlpeme, yo acepto mi culpa”;, lo anterior en relación a los hechos del 19 de octubre de 2017; finalmente, indicó que Samantha Marca fue quien hizo el retiro de los dineros por orden del señor Illescas; es decir, imprimió la papeleta donde se efectiviza el retiro de ese monto por pedido de su jefe, conforme lo reconoció Oswaldo Illescas en forma voluntaria; E) Con el testimonio de Mario Patricio Barzallo Mendieta , quien refirió que al tener conocimiento de las anomalías que se habían suscitado en la Agencia del Sigsig, de unas presuntas transacciones inusuales dispuso que acudan a la agencia del Sigsig, el Econ. Pablo Álvarez, Director de Negocio, conjuntamente con la auditora interna Jhulianna Meza y Fabiola Saquicela, en calidad de oficial de cumplimiento, para saber lo que había acontecido; conoce que se reunieron con las personas que denunciaron y luego con Oswaldo Illescas, quien voluntariamente había reconocido que desde hace un mes había utilizado un dinero, en la suma de quince mil dólares y lo que trató de hacer es cuadrar la caja, lo cual es un evento inusual contablemente; lo anterior lo había reconocido en presencia del Econ. Pablo Álvarez, quien parece estuvo acompañado de Jhulianna Meza y de Fabiola Saquicela; que al haber aceptado esta situación procedió a retirarse de la Institución; por otra parte, manifestó que la reposición del dinero la realizó el día 26 de octubre de 2017, posterior a la fecha en la que había reconocido el acto cometido; finalmente refirió que recibió varias llamadas telefónicas de parte de Oswaldo Illescas, quien le indicó que se arrepentía de lo que había realizado que no había tenido intención de causar daño a la institución y le solicitaba se revea la situación de la denuncia ; F) El testimonio anterior y el del testigo Patricio Álvarez se ven corroborado con el documento comprobante de constancia de transacción en la Cooperativa CREA Ltda. de fecha 26 de octubre de 20217, a las 12:46:08, por el valor de quince mil dólares en efectivo y en la observaciones consta reposición por faltante en caja general de la agencia Sigsig, [64]], documento con el que se acredita que el procesado Illescas Arcentales, en forma voluntaria, depósito en la Cooperativa la cantidad de quince mil dólares, como reposición del faltante de caja en la agencia Sigsig.- 7.3.3.- Prueba de descargo de la defensa de la persona procesada: A pedido de la defensa de la persona procesada se receptaron los siguientes testimonios: A) Martha Natalia Álvarez Arévalo[65]], indicó que Oswaldo Illescas es su esposo, quien trabajaba en la Cooperativa CREA hace unos tres años, hasta octubre del 2017, dejó de trabajar ya que lo despidieron de la Cooperativa CREA, trabajaba como jefe de agencia, no sabe por qué lo despidieron; le comentó que había tenido un inconveniente con una cajera, de nombre Samantha Marca, no le dijo específicamente que sucedió solo que le despidieron y que lo llamaron de la Cooperativa para liquidarle a la siguiente semana; hubo un problema con la cajera y que él tenía que salir; además indicó que desconoce dónde esté Oswaldo Illescas por más de tres años, tampoco le ha dicho que iba a realizar un depósito, desconoce él trabajó que realizaba, no conoce sobre el tema de la Cooperativa CREA y lo que ha mencionado sabe porque su esposo le contó; B) Luisana María Illescas Álvarez[66]], manifestó que su papá es Oswaldo Illescas, quien trabajaba en la Cooperativa CREA, no recuerda las fechas en las que trabajó, fue jefe de agencia hasta el 20 de octubre del 2017, sabe que tuvo un problema relacionado con la cajera, no recuerda su nombre, el día 19 d octubre del 2017 sucedió este problema en caja con esa señorita, el día 20 imagina que fue a trabajar y luego le comentó que lo despidieron por este problema con la cajera, que aquello le contó su papá a su mamá; el problema refiere a que hubo inconsistencias en cajas y que lo estaban haciendo responsable a él y por eso lo despidieron; se reunieron en la casa y les comentó que le habían llamado para la siguiente semana para que reciba la liquidación, fue a recibir la liquidación y parece que le obligaron a firmar unos documentos que lo hacían responsable de la situación que pasó con la cajera, eso le dijo su papá; que no sabe dónde está su padre, no sabe el paradero desde que le lleo la orden de prisión, su padre no hablaba mucho del trabajo, no sabe que funciones cumplía, así como no supo de un depósito que hizo su padre en beneficio de la Cooperativa CREA; C) Diego Patricio Cordero Idrovo[67]], indicó que Oswaldo Illescas es su suegro hace cuatro años, vivía en el Sigsig y trabajan en la Cooperativa CREA, desconoce qué tiempo trabajaba ahí y lo hizo hasta el 20 de agosto de 2017, desconoce por qué dejó de trabajar, conoce a

Fecha	Actuaciones judiciales
--------------	-------------------------------

Martha Álvarez, es su suegra, había conversado con Oswaldo Illescas esto fue la última vez que lo vio, pero no recuerda la fecha; le dijo que le despidieron del trabajo porque tuvo problemas con una cajera, desconoce su nombre, le dijo que fue problemas de dinero, luego de esto perdió contacto con Oswaldo; D) Patricio José Illescas Álvarez [68] , manifestó que su padre trabajaba en la Cooperativa CREA no sabe las fechas desde cuando lo hacía, pero sabe que trabajó hasta octubre del 2017, trabajó en la agencia ubicada en el cantón Sigsig, no sabe dónde queda esta agencia; manifiesta que dejó de trabajar el 19 de octubre del 2017 y no sabe por qué dejó de trabajar, conversó por última vez con su padre una semana después de lo sucedido, refiere a que se le increpó un faltante de dinero, eso le contó su madre; no ha tenido contacto con su padre ya que él desapareció después de una sentencia que le llegó.- 7.3.4.- Conclusiones: De la prueba practicada y analizada en líneas anteriores el Tribunal deja sentado que se probó que la Cooperativa de Ahorro y Crédito CREA Ltda., es una institución sujeta al Control de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, por ende, es una institución que realiza actividades de intermediación financiera popular y solidaria, pues se halla constituida mediante resolución No SEPS-ROEPS-2013-000220, en fecha 11 de abril de 2013; que el ciudadano Oswaldo Amable Illescas Arcentales con cédula 0102548260, conforme documentación presentada, laboró en calidad de jefe de agencia Sigsig de la Cooperativa CREA Ltda. hasta el día 20 de octubre del año 2017; y, en tal condición se encontraba a su cargo y bajo su custodia los dineros de la bóveda de la Agencia Sigsig de la Cooperativa de Ahorro y Crédito CREA Ltda., lo cual se halla acreditado con el testimonio del gerente de la cooperativa Mario Patricio Barzallo Mendieta y de la auditora Jhulianna Isabel Meza Flores, quienes con sustento en la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria y el Código Orgánico Monetario Financiero, realizaron en la agencia Sigsig de la Cooperativa de Ahorro y Crédito CREA Ltda., una auditoría interna de acuerdo a la planificación anual, misma que la llevó a cabo la auditora con su equipo de trabajo, Jhulianna Isabel Meza Flores, quien se encuentra calificada como auditor interno por la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, por lo que, existía un plan anual estrictamente para auditoría, por ello, dentro de esta planificación se organizaron visitas in situ y extra situ en todas las agencias de la Cooperativa, entre ellas, se planificó en la agencia del Sigsig; es por ello que, el día 19 de octubre del año 2017 se realiza la auditoría para determinar cómo se registra los asientos contables y cuándo se revisa los mismos; que en las agencias hay tres lugares de dinero que están a cargo del Jefe de Agencia: en el cajero automático, en la bóveda general, en donde se centralizan todos los dinero y él –Jefe de Agencia- reparte a las respectivas ventanillas, pero en la tarde debe regresar de nuevo los saldos de existir los mismos a bóveda, entonces es cuando se realiza transacciones inusuales, así se llegó a determinar que ese día -19 de octubre de 2017-, el jefe de agencia Oswaldo Amable Illescas Arcentales aprovechando de la ausencia de la auditora general y su equipo, quienes tomaba un break, el Jefe de Agencia, Oswaldo Illescas y le pidió a la cajera Samantha Marca, dos papeletas de retiro de dinero vacías y se retiró a su oficina, luego regresó nuevamente Oswaldo Illescas con las papeletas firmadas y con los números de cédula de los socios Armando Eduardo Zúñiga Brito y Mercy Marlene Carpio Aguilar; disponiéndole a la cajera que retire de la cuenta del primero de los mencionados la cantidad de cinco mil dólares y de la segunda, de su cuenta la cantidad de diez mil dólares, que aquello no podía hacerse sin la presencia del socio le advirtió la cajera Marca, pero en este caso no estuvieron los clientes; sin embargo, el señor Illescas Arcentales vino con las papeletas firmadas por los socios y le dijo yo soy jefe de agencia y le estoy autorizando ese retiro, que las papeletas estaban firmadas y Samantha Marca no tiene acceso a ver la firma de los socios, por lo que, del acontecer anterior informó a su compañera Elsa Rivera, luego se dio a conocer a las autoridades de la Cooperativa, por lo que, gerencia dispuso que el Ing. Pablo Álvarez, la auditora Jhulianna Meza Flores y la oficial de Cumplimiento María Fabiola Saquicela Cobos se trasladen ese día 20 de octubre de 2017 hasta la Agencia Sigsig para verificar transacciones inusuales; que conforme lo informó la cajera Samantha Marca, en caja no podía tener más de cinco mil dólares, por eso Oswaldo Illescas desde el sistema le transfirió la cantidad de diez mil dólares de bóveda a caja y Marca hizo el retiro por el sistema de diez mil dólares y cinco mil dólares en efectivo de caja le entregó a Illescas Arcentales, quien llevó ese dinero a bóveda, en total, en el sistema se realizó el retiro de las cuentas de los socios Zúñiga Brito y Carpio Aguilar la suma total de quince mil dólares, conforme se registró en los estados de cuenta de los socios ya mencionados e incluso acudió la socia Carpio Aguilar el día 20 de octubre de 2017, para registrar en su cartola los movimientos financieros realizados, más el ciudadano Illescas Arcentales le dispone a la cajera Samantha Marca le diga a la socia que el sistema estaba dañado; por tanto, que no le imprima la libreta, pues de hacerlo se habría evidenciado la transacción fraudulenta e inusual que había forjado el procesado; lo anterior quedó acreditado con los testimonios de María Fabiola Saquicela Cobos, Pablo Xavier Álvarez Álvarez y de Jhulianna Isabel Meza Flores, quienes pudieron constatar transacciones inusuales realizadas el día 19 de octubre de 2017 en la agencia Sigsig de la Cooperativa CREA Ltda., por parte del jefe de agencia Oswaldo Amable Illescas Arcentales; constatando los supuestos retiros con los comprobantes en los que efectivamente constaban los retiros por los montos referidos; luego de realizar la revisión de las cámaras, también constataron que los socios cuyos retiros se habían realizado nunca se acercaron a la ventanilla para registrar la transacción y realizar los retiros; sin embargo, dichas transacciones si constaban realizadas en el sistema, pues Jhuliana Meza verificó que estas transacciones se realizaron con el usuario y contraseña de Oswaldo Illescas, quien transfirió de bóveda a caja y de caja a las cuentas de los socios, como si se hubiese registrado los retiros por los quince mil dólares; a más de que, también se constató que las firmas obrantes en las papeles de retiro #0002012 y #0002011 que fueron entregadas por Illescas Arcentales a Samantha Marca, se determina que no se corresponde ni gráfica ni morfológicamente con las firmas indubitadas del socio Armando Zúñiga, ni de la socia Mercy Marlene Carpio Aguilar, es decir, no provienen de la misma personalidad gráfica, conforme conclusión del perito Chamba Vega; con lo que, se confirmó que las firmas constantes en los comprobantes de retiro no les corresponde a los socios titulares de las cuentas en las que se registró los supuestos retiros de

dinero con lo cual se cubría un faltante de quince mil dólares en bóveda; que al constatar y verificar lo mencionado Oswaldo Illescas Arcentales espontáneamente dijo iba a ser sincero, que había tomado el dinero hace un mes porque había tenido una necesidad grande, por eso se siente mal y estaba muy apenado, que le den tiempo para devolver el dinero y no afectar a los socios, Oswaldo Illescas renunció al cargo y días posteriores realizó, en forma libre y voluntaria, la reposición de los quince mil dólares dinero que fue depositado en la Cooperativa de Ahorro y Crédito CREA Ltda., lo cual también fue acreditado por Pablo Álvarez, Mario Barzallo e incluso por Jhulianna Meza; es decir, todo lo anteriormente relatado da cuenta de un actuar fraudulento mediante el cual se dispuso de dineros y que para tales efectos se realizaron operaciones inusuales, tal como lo define el tipo penal; el quehacer humano –la acción- acontece en las instalaciones de la agencia Sigsig de la Cooperativa de Ahorro y Crédito CREA Ltda., misma que se encuentra ubicada en el cantón Sigsig, provincia del Azuay, en la calle Corral entre 16 de Abril y Salazar, conforme testimonio del perito Sandro Nazaret Apunte Andrade; por lo anterior, y conforme el acervo probatorio el Tribunal concluye que el nexa causal entre la infracción y la responsabilidad de la persona procesada Illescas Arcentales se halla demostrada conforme el análisis realizado supra, esto es, con los testimonios de Samantha Marca, Mario Patricio Barzallo Mendieta, Jhulianna Meza, Pablo Álvarez, a quien le refirió que hubo de realizar esos movimientos inusuales en las cuentas de los socios Zúñiga Brito y Carpio Aguilar con la finalidad de cuadrar el faltan de bóveda de quince mil dólares que había tomado, en razón del cargo que desempeñaba, pues como jefe de la agencia de la Cooperativa tenía a su cargo y responsabilidad la bóveda de la agencia.- OCTAVO: Frente a lo expuesto por Fiscalía y acusación particular, en el alegato inicial y en los debates, en el sentido de que realizó estas transacciones inusuales, pues había tomado para sí dineros de la bóveda que se encontraban a su cargo y que a través de estas transacciones trató de ocultar el faltante; este hecho fue descubierto el día 20 de octubre de 2017, cuando la cajera comenta a las autoridades y a los auditores de la Cooperativa aquel hecho; por tanto, se probará el injusto penal que Fiscalía le viene atribuyendo al procesado con la prueba con la que se enervará la presunción de inocencia del procesado; que se demostrará que Oswaldo Amable Illescas Arcentales descubierto en el hecho repone esos quince mil dólares a la Cooperativa, que esta reposición no enerva la tipicidad objetiva y subjetiva del injusto, por el contrario lo confirma; al respecto el Tribunal precisa: 8.1.- Que, el procesado ha adecuado su conducta al tipo penal de peculado tipificado en el Art. 278 del Código Orgánico Integral Penal; en virtud de que, dispuso de fondos públicos –dineros- de una institución del sistema financiero popular y solidario, que en razón de su cargo se encontraba bajo su custodia y responsabilidad, de lo anterior existe probanza de la existencia de la infracción y que la responsabilidad es atribuible a Oswaldo Illescas Arcentales, quien se desempeñaba como Jefe de la Agencia, por tanto, responsable de los dineros de los socios que se encontraban en bóveda y tomó para sí los fondos de la Cooperativa de Ahorro y Crédito CREA Ltda. en perjuicio de los socios y de la confianza en el sistema financiero popular y solidario; al respecto, este Juez Pluripersonal, en base al análisis realizado en líneas anteriores señala que se ha probado los elementos constitutivos del tipo penal de peculado; esto es, que el ciudadano Oswaldo Amable Illescas Arcentales, abusando de las funciones propias de su cargo –Jefe de Agencia- dispuso fraudulentamente de los dineros de una entidad de economía popular y solidad, como lo es la Cooperativa de Ahorro y Crédito CREA Ltda., donde laboraba como Jefe de Agencia; por tanto, custodió y responsable de los dineros existentes en la bóveda de la Cooperativa CREA Ltda., esta conducta lesiva, realizada por el funcionario Illescas Arcentales, quebrantó el eficaz desarrollo de la administración y cuidado de los fondos públicos que surgen en razón de los deberes especiales que le incumben al funcionario, mediante la violación de su deber de probidad; amén de que, el funcionario tuvo capacidad funcional para afectar los fondos –dineros- que en razón de su cargo, estuvieron bajo su custodia, es decir, en su relación con el bien jurídico, la persona procesada se encontraba obligada a su cuidado y, por ende, por esa relación directa, Amable Illescas Arcentales es sujeto activo del delito de peculado en los términos del inciso cuarto del Art. 278 del Código Orgánico Integral Penal, ha quebrantado el servicio que es de orden público; por tanto, se ha probado la hipótesis fiscal y de acusación particular; en consecuencia, al existir convencimiento pleno sobre la existencia de la infracción, así como sobre la responsabilidad de la persona procesada Oswaldo Amable Illescas Arcentales, se ha enervado su estado constitucional de inocencia; pues el Organismo al advertir que el ciudadano Oswaldo Amable Illescas Arcentales al realizar las transacciones inusuales de transferencia de dinero en el sistema con la finalidad de cuadrar el faltante de quince mil dólares adecuó al tipo penal tipificado en el inciso primero del Art. 278 en relación con el inciso cuarto del COIP, esto es, peculado bancario, en el grado de autor, conforme el Art. 42 numeral 1, letra a) Ibídem, por haber dispuesto fraudulentamente de dineros de los socios de la Cooperativa de Ahorro y Crédito CREA Ltda., lo cual se halla acreditado con los elementos probatorios ya analizados, de modo que los mismos han cumplido con su finalidad y le ha llevado al Tribunal al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción, así como de la responsabilidad de la persona procesada; amén de que con estos elementos de prueba se ha demostrado la existencia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada, quien actuó dolosamente, pues conocía de la ilicitud de sus actos, precisamente por su calidad de Jefe de Agencia; en base a la probanza el Tribunal considera probado las circunstancias atenuantes determinadas en el Art. 45 numerales 4 y 6 del COIP, esto es, que se ha reparado de forma voluntaria el daño y se ha indemnizado integralmente a la víctima –Cooperativa de Ahorro y Crédito CREA Ltda., de lo anterior deviene que ha colaborado eficazmente con las autoridades de la entidad financiera popular y solidaria al referir en forma espontánea y voluntaria que tomó dineros de la Cooperativa CREA Ltda.; 8.2.- En cuanto a lo expresado por la defensa del procesado en el alegato inicial y en los debates, en referencia a que en bóveda no existieron anomalías, misma que era de responsabilidad del procesado; que en el cajero automático de responsabilidad de Elsa Rivera tampoco se presentaron anomalías; y, que se presentan anomalías en caja que era de responsabilidad de Samantha Marca; que en estos procesos es indispensable

Fecha Actuaciones judiciales

la pericia contable para justificar el aparente desvío de los quince mil dólares de la bóveda que estaba bajo responsabilidad de su patrocinado y para hacer conocer que su patrocinado había desviado esos fondos a través de la cajera Samantha Marca, lo cual no ha sucedido, que no existe responsabilidad alguna en el delito de peculado, por tanto, solicitó se confirme estado de inocencia de su patrocinado; de otra parte, se alegó en relación a la cadena de custodia que se halla referido en los artículos 456 y 458 del COIP; por tanto, si no se halla acreditada esta prueba pericial de audio y video, conforme la normativa mencionada, por tanto, esta prueba pericial de audio y video no tiene validez legal ni constitucional; frente a lo manifestado por la defensa, el Tribunal precisa que el faltante fue descubierto como consecuencia de las transacciones inusuales encontradas por el personal de auditoría, ante la alerta develada por una empleada de la Agencia Sigsig y aquellas transacciones inusuales realizadas deviene de encubrir un faltante que se habrían evidenciado a través de la auditoría realizada el día 19 de octubre de 2017, pero que el procesado encubre con su actuar conforme probanza; y, otra es la situación del perjuicio económico que ocasionó el ahora procesado a los socios Zúñiga Brito y Carpio Aguilar al realizar las transacciones de retiro de fondos de sus cuentas para cubrir el faltante de quince mil dólares; en cuanto al cd remitido mediante oficio suscrito por el gerente y representante legal de la Cooperativa CREA Ltda. para la pericia de audio y video, cd que contiene las grabaciones de las cámaras de seguridad en la agencia Sigsig, en razón de lo expresado por el perito Cuji Yumbilla, de que el mismo se le fue entregado en cadena de custodia, por tanto, se concluye que no se ha irrespetado lo previsto en el Art. 456 del COIP, en consecuencia, se ha garantizado su autenticidad, pues se ha dado cumplimiento a lo prescrito en los Arts. 471 y 500 del cuerpo legal antes invocado; por tanto, el Tribunal considera que lo argumentado por la defensa ha quedado en simples alegatos, pues la prueba de Fiscalía no ha sido contradicha; ni los testigos de la defensa acreditaron alguna de las argumentaciones sostenidas, pues de los hechos dijeron desconocer; por el contrario con el testimonio de la auditora Jhulianna Meza se ha probado que Oswaldo Illescas dispuso de los quince mil dólares de bóveda, disposición que resulta ser fraudulenta, pues la persona procesada Illescas Arcentales, en su calidad de Jefe de Agencia, para encubrir el faltante y la disposición de esos dineros realizó transacciones inusuales haciendo transferencias de bóveda a caja y de caja a bóveda, pero solo en el sistema, pues físicamente el dinero había sido dispuesto, con anterioridad a práctica de la auditoría, amén de que el mismo procesado admitió aquello en forma espontánea y voluntaria ante los funcionarios de la Cooperativa, al aceptar que tomó los quince mil dólares por una necesidad personal.- De otra parte, dando contestación a lo alegado por la defensa de que se habría transgredido la garantía constitucional de no autoincriminación al hacerle firmar un documento en presencia de Pablo Álvarez reconociendo el haber tomado el dinero de bóveda, al respecto se precisa que conforme el análisis realizado en líneas anteriores, el ciudadano Oswaldo Illescas el día 20 de octubre del año 2017 cuando se encontraba cumpliendo sus funciones de jefe de agencia, al conocer que se descubrieron las transacciones inusuales de dos cuentas de dos socios, en forma libre y sobre todo espontánea reconoce ante los funcionarios de la Cooperativa Pablo Álvarez, Jhulianna Meza que había tomado por una necesidad personal la suma de quince mil dólares de bóveda y que realizó las transacciones para aparentar un retiro de quince mil dólares de las dos cuentas de los socios y cubrir el faltante, que lo anterior acontece el día 19 de octubre de 2017, cuando se realizaba una auditoría en la agencia Sigsig; reconocimiento que además fue escuchado por la funcionaria María Fabiola Saquicela, que este hecho es anterior a la fecha que contiene el documento impugnado y que habría suscrito el ciudadano procesado Illescas Arcentales, pues el mismo tiene data de 26 de octubre de 2017; es decir, dos días posteriores a la fecha en que se presentó en Fiscalía la denuncia por el delito de peculado; por tanto, la prueba en su contexto ha obrado para que el Tribunal arribe a la certeza de que se probaron los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de peculado, conforme lo analizado; es decir, que: al haber el procesado manifestado de forma espontánea la forma como realizó su conducta no transgrede el principio de no autoincriminación y conforme el principio de unidad de la prueba, la misma que es analizada en conjunto, no de forma aislada, es como ha llegado a determinar la existencia de la infracción y responsabilidad del procesado; en consecuencia, la prueba presentada por Fiscalía cumplió con lo previsto en el Art. 453 del Código Orgánico Integral Penal –con relación al delito de peculado-, por lo que logró enervar el estado de inocencia de la encartada Oswaldo Amable Illescas Arcentales y por ende amerita que se declare su culpabilidad, conforme el delito analizado.- NOVENO: RESOLUCION.- Por lo expuesto, al haberse enervado el estado de inocencia del procesado se hace acreedor al juicio de reproche; por tanto, el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Cuenca, Provincia del Azuay, con fundamento en los Arts. 619, 621 y 622 del Código Orgánico Integral Penal, “ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA”; declara a OSWALDO AMABLE ILLESCAS ARCENTALES, de nacionalidad ecuatoriana, con cédula de ciudadanía número 0102548260, de la edad de 42 años, estado civil casado, ex empleado de la Cooperativa de Ahorro y Crédito CREA Ltda., con domicilio registrado en el cantón Sigsig, calle Rodil No. 1-09 y Corral de la provincia del Azuay, al momento se encuentra prófugo, autor directo y responsable del delito de peculado tipificado en el inciso primero en relación al inciso cuarto del Art. 278 del Código Orgánico Integral Penal, en relación con el Art. 42 numeral 1, literal a) Ibídem; y, sancionado en el inciso cuarto de la disposición legal antes invocado del COIP, por lo que, se le impone la pena de 10 años de privación de la libertad; más, por cuanto concurren circunstancias atenuantes determinadas en el Art. 45 numerales 4 y 6 del COIP, esto es, que se ha reparado de forma voluntaria el daño y se ha indemnizado integralmente a la víctima –Cooperativa de Ahorro y Crédito CREA Ltda., lo anterior deviene de que ha colaborado eficazmente con las autoridades de la entidad financiera popular y solidaria al referir en forma voluntaria que habría tomado valores de la Cooperativa CREA Ltda., por lo que, corresponde imponer lo previsto en el Art. 44 inciso segundo del COIP, esto es, se impondrá el mínimo previsto en el tipo penal, reducido en un tercio, por tanto, se le impone la pena definitiva de 6

Fecha Actuaciones judiciales

AÑOS 8 MESES DE PRIVACION DE LA LIBERTAD ; y, conforme el Art. 70 numeral 10 del COIP, se le impone la multa de 27,67, salarios básicos unificados del trabajador en general; en consideración al inciso final del Art. 278 Ibídem, se dispone que el procesado Oswaldo Amable Illescas Arcentales quede incapacitado de por vida para el desempeño de todo cargo público, todo cargo en entidad financiera o entidades de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera.- Se declara con lugar la acusación particular.- En cuanto a la reparación integral a la víctima, considerando la buena fe y lealtad procesal referido tanto por Fiscalía cuanto por la acusación particular de que el procesado Illescas Arcentales ha depositado el valor distraído de \$15.000 dólares conforme consta del documento de depósito de fojas 251 de los autos y de las transacciones inusuales realizadas de las cuentas de los socios Zúñiga Brito y Carpio Aguilar, conforme los estados de cuenta; por lo que, no se ordena el pago de daño de material, más por el daño inmaterial se dispone el pago de 300 dólares; que la pena privativa de libertad la cumplirá en el Centro de Rehabilitación Social Regional Sierra Centro Sur Turi de Cuenca, debiendo descontarse todo el tiempo que haya permanecido detenido por esta causa.- Con costas, las mismas que se fijaran previa liquidación, conforme el Art. 629 del COIP.- En virtud de lo previsto en el Art. 68 del Código Orgánico Integral Penal, el sentenciado Illescas Arcentales no podrá ejercer los derechos de participación por el mismo tiempo de la condena; asimismo de conformidad con lo estatuido en el Art. 56 Ibídem, se dispone la interdicción del sentenciado por el tiempo que dure la condena.- Ejecutoriada esta sentencia, la persona procesada se presentará al cumplimiento de la pena, de no hacerlo se oficiará a las autoridades de la Policía Judicial para su captura, hecho lo cual, es decir, cuando se verifique su detención y sea legalizada la misma, el señor Secretario del Despacho remitirá copia de la sentencia a la Sala de Sorteos de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, a efectos de que radique la competencia en uno de los Juzgados de Garantías Penitenciarias para efectos del cumplimiento de la pena y reparación integral, conforme lo prevé el Art. 667 del COIP.- Ejecutoriada la sentencia se oficiará a la Dirección del Consejo de la Judicatura a fin de que se proceda con el cobro de la multa impuesta.- Las disposiciones legales aplicadas en esta sentencia se encuentran citadas dentro de la misma.- Notifíquese. ^ Código Orgánico Integral Penal, en adelante se identificará con las siglas COIP. ^ Conforme la escritura pública de procuración judicial No. 20200101009P00650, otorgada por el Gerente y Representante Legal de la Cooperativa de Ahorro y Crédito CREA LTDA. a favor de Juan Carlos Salazar Icaza y Carlos Eduardo Hermida Salazar, para que dentro del proceso penal signado con el No. 01610-2017-00518 incoado en contra del señor Oswaldo ILLESCAS Arcentales, en representación de la víctima y acusador particular, esto es, la Cooperativa de Ahorro y Crédito CREA LTDA. Concurra a la audiencia de juicio, documento que obra de folios 78 a 91 de los autos. ^ El procesado Oswaldo Amable Illescas Arcentales, fue llamado a responder en juicio como presunto autor del delito de peculado tipificado en el Art. 278 inciso cuarto del COIP, quien al momento se encuentra prófugo, pues en su contra se ha dictado la medida cautelar de prisión preventiva, medida que hasta la fecha no se ha efectivizado, por lo que, no compareció a la audiencia de juzgamiento, por consiguiente fue juzgado en ausencia, aquello en estricto apego lo prescrito en la norma constitucional establecida en el inciso segundo del Art. 233 de la Constitución de la República en relación a lo dispuesto en el numeral 11 del Art. 563 y Art. 610 del COIP. ^ El Art. 618.3 del Código Orgánico Integral Penal señala que una vez presentados los alegatos, la o el presidente declarará la terminación del debate y el tribunal deliberará, para anunciar la decisión judicial. ^ Art. 614 del COIP: “… Concederá la palabra tanto a la o al fiscal, la víctima y la o al defensor público o privado de la persona procesada para que presenten sus alegatos de apertura, …”. ^ Art. 615 numeral 1 del COIP, señala que después del alegato de apertura, la o el presidente del Tribunal, ordenará la práctica de las pruebas solicitadas por la o el fiscal, la víctima y la defensa pública o privada. ^ El Art. 454 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal señala que la prueba es anunciada en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio y se practica únicamente en la audiencia de juicio. ^ Documento que obra de folios 106, 107 y 108 de los autos. ^ Documentos que obran de folios 115 y 116 de los autos. ^ Folios 117 y 118 de los autos. ^ Documentos que obran de fojas 119 a 134 de los autos. ^ Documentos que obran de fojas 135 a 140 de los autos. ^ Documentos que obran de folios 141 y 142 de los autos. ^ Documento que obra de folios 143 y 144 de los autos. ^ Documento de folios 145 de los autos. ^ Documento que obra de folios 146 a 148 de los autos. ^ Documento que obra de folios 149 a 151 de los autos. ^ Folios 158 a 160 de los autos. ^ Documentos de folios 161 a 163 de los autos. ^ Documentos de folios 164 a 169 de los autos. ^ El Art. 454 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal señala que la prueba es anunciada en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio y se practica únicamente en la audiencia de juicio. ^ El Art. 454 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal señala que la prueba es anunciada en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio y se practica únicamente en la audiencia de juicio. ^ El Art. 454 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal señala que la prueba es anunciada en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio y se practica únicamente en la audiencia de juicio. ^ Art. 168. 6 de la Constitución, en relación al Art. 5.13 y Art. 569 del Código Orgánico Integral Penal. ^ Art. 454 numeral 3 del COIP. ^ Art. 168 numeral 6 de la Constitución. ^ Art. 454 numeral 6, inciso tercero del Código Orgánico Integral Penal señala que los partes informativos, noticias del delito, versiones de los testigos, informes periciales y cualquier otra declaración previa, se podrán utilizar en el juicio con la única finalidad de recordar y destacar contradicciones, siempre bajo la prevención de que no sustituyan al testimonio. En ningún caso serán admitidos como prueba. ^ Art. 615 numeral 4 del COIP, determina que las versiones e informes del personal del sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, del personal competente en materia de tránsito, de los peritos y otras declaraciones previas se utilizarán en el interrogatorio y contrainterrogatorios con el fin de recordar sus actuaciones. ^ Art. 18 del Código Orgánico de la Función Judicial, reza: El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, oralidad, dispositivo, celeridad y economía procesal y harán efectivas las garantías del debido proceso; y, el Art. 19 Ibídem,

Fecha Actuaciones judiciales

determina: Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley. ^ Art. 454 del Código Orgánico Integral Penal. ^ Art. 454 Ib. En relación con el Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial. ^ Art. 453 del COIP. ^ Auto de llamamiento a juicio contenido en el extracto de audiencia evaluatoria y preparatoria de juicio que obra de fojas 4 vta. y 5 de los autos. ^ Art. 168.6 de la Constitución de la República en relación al Art. 19 del Código Orgánico de la Función Judicial en relación al Art. 5.15 del Código Orgánico Integral Penal. ^ Luis Cueva Carrión, Peculado, Tomo I, Teoría, práctica y jurisprudencia, Ediciones Cueva Carrión, 2006, pág. 53. ^ Maggiore, Ob. Cit. Edgardo Alberto Donna, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III. Pag. 257. ^ Feijoo Sánchez, Delitos contra la Administración Pública en el Nuevo Código Penal español, en cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal No. 7 pág. 485 y ss. ^ Edgardo Alberto Donna, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III, pág. 277. ^ Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre, Derecho Penal, Parte Especial Tomo III, Editorial Idemsa, Lima-Perú, 2010, pág. 460. ^ El peculado bancario aparece en la reforma del artículo 236 del Código Penal de 1938 (hoy Art. 257) mediante Registro Oficial 348 del 23 de octubre de 1941, hasta 1960 en que se codificó el Código Penal (Art. 233 Inc. 2) y se mantenía imputables los empleados de bancos comerciales, en la codificación de 1971 se tipifica el peculado en el artículo 257 sustituyéndose algunos términos por Instituto de Seguridad Social entre otros, y se mantiene imputables a los empleados de los bancos comerciales; se expide la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control (LOAFYC) en 1977 y, su artículo 396, se unificó en el artículo 257 del Código Penal las disposiciones de los artículos 258y 259 ibídem y se redactó el inciso tercero del artículo 257, por lo que, al derogarse el artículo 336 de la LOAFYC por lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (LOCGE) publicado en el Registro Oficial 595 del 12 de junio de 2002 deroga el título XI de la LOAFYC creada mediante Decreto Supremo 1429 (RO337: 16-may-1977), pero esto no afectó al artículo 257 del Código Penal. La Constitución (1998) en su artículo 121 no deroga al artículo 257 pues simplemente reafirma la responsabilidad de los dignatarios públicos y en general de los servidores públicos; y, extiende a los particulares que participen del delito; el artículo 19 de la Ley 99-26 promulgada en el Registro Oficial 190 del 13 de mayo de 1999, simplemente extiende a vocales, miembros de directorio lo que no quiere decir que recién en esa fecha se tipificó el peculado para este tipo de sujetos. Corporación de Estudios y Publicaciones Código Penal, Pág. 12 ^ Cerezo, Mir, Curso de Derecho Penal español, Parte General, 5ª ed. Edición, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 113. ^ Ob. Cit. Pág. 19. ^ Ibídem, pág. 19. ^ Documento que obra de folios 116 de los autos ^ De acuerdo al Diccionario Jurídico Elemental, de Guillermo Cabanellas de Torres, disposición es Acción o efecto de disponer o de disponerse. Aptitud para cumplir un fin. Medios para emprender un negocio. Colocación o situación de las cosas. Facultad de enajenar o gravar los bienes. Acto de distribuir los bienes propios. ^ Según del Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, distracción se lo define como Malversación de fondos, defraudación. ^ Documentos que obran de folios 116 de los autos. ^ Documentos que corren de fojas 161, 162 y 163. ^ Documento que corre de fojas 163 de los autos. ^ Calidad que se encuentra acreditada con el Comprobante de Directivos de Organizaciones de la Economía Popular y Solidaria, a través del cual se acredita que la Cooperativa de Ahorro y Crédito CREA LTDA, tiene como representante legal y Gerente, a Mario Patricio Barzallo Mendieta, mismo que tiene data de 24 de octubre de 2017, documento que obra de folios 115 de los autos. ^ Contrato de trabajo referido por el deponente con el que se acredita la relación laboral mantenida entre Oswaldo Amable Illescas Arcentales, portador de la cédula 010254826-0 y la Cooperativa de Ahorro y Crédito CREA Ltda., demostrando que en efecto la relación laboral inicia el 05 de abril de 2017, a través del cual, el procesado Illescas Arcentales se comprometió a desempeñar sus funciones de manera eficiente y responsable en calidad de Jefe de Agencia, en las oficinas de la Agencia Sigsig, ubicado en la ciudad de Sigsig, en la calle Coral y 16 de Abril, contrato que tuvo el carácter de indefinido, documento que obra de folios 129, 130 y 131 de los autos. ^ Calidad que se halla acreditada con la Resolución No. SEPS-IZ6-DZSFPS-2015-052, de fecha 05 de agosto de 2015, suscrito por Oscar Nelson Astudillo Granda, Intendente Zonal 6 (S) Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, en la que se hace referencia a la calificación de Jhulianna Isabel Meza Flores como auditora interna de las Organizaciones del sector Financiero Popular y Solidario, documento que obra de folios 158 y 159 de los autos. ^ Su testimonio fue receptado por medio de video llamada por WhatsApp, luego de verificar su identidad y acorde a lo previsto en el Art. 565 del COIP, y con aceptación de todos los sujetos procesales. ^ Se receptó el testimonio del perito Denis Iván Chamba Vega, conforme lo prescrito el Art. 615 numeral 5 del COIP, en relación con los Arts. 505 y 511 numeral 7 Ibídem. ^ Se receptó el testimonio del perito Sandro Nazaret Apunte Andrade, conforme lo prescrito el Art. 615 numeral 5 del COIP, en relación con los Arts. 505 y 511 numeral 7 Ibídem. ^ Se receptó el testimonio del perito Ángel Ramiro Cuji Yumbilla, conforme lo prescrito el Art. 615 numeral 5 del COIP, en relación con los Arts. 505 y 511 numeral 7 Ibídem. ^ Documentos que obran de fojas 119 a 134 de los autos. ^ Documentos que obran de fojas 119 a 134 de los autos. ^ Documentos que obran de fojas 135 a 140 de los autos. ^ Información confirmada con la prueba documental consistente en los estados de cuenta de los ciudadanos Armando Eduardo Zúñiga Brito y Mercy Marlene Carpio Aguilar en la Cooperativa CREA, con los cuales se acredita que de la cuenta #44182 del ciudadano socio con el número 27641 Armando Eduardo Zúñiga Brito, en fecha 19 de octubre de 2017, consta un retiro con libreta por la cantidad de cinco mil dólares; de igual manera, consta en el estado de la cuenta #38408 de la ciudadana socia número 22034 Mercy Marlene Carpio Aguilar, en fecha 19 de octubre de 2017, consta el retiro con libreta de diez mil dólares. ^ Lo cual es coincidente con lo expresado con el perito Ángel Ramiro Cuji Yumbilla, al señalar que en el cd cuya pericia realizó, indicó que se observa el costado derecho una persona de sexo femenino identificada como P1 – Samantha Marca- ubicada en el cubículo realizando las actividades normales, se observa ingresar a P2 – Oswaldo Illescas-, quien se ubica en la parte posterior del cubículo de P1 y se aprecia que P1 entrega a P2

Fecha Actuaciones judiciales

un objeto similar a un fragmento de papel y P2 lo recoge y se ubica al costado izquierdo y sale del enfoque de cámara por la parte posterior, se observa que P1 continúa sus actividades; posterior se aprecia que nuevamente aparece en el enfoque de la cámara a P2 y continúa con el fragmento tipo papel que ubica sobre el escritorio y aparentemente manipula un objeto similar a un teléfono celular, sujeta el objeto o fragmento de papel y permanece en el lugar, se observa que manipula el objeto ubicado en el cubículo mientras P2 observa hacia el costado izquierdo acto seguido observa el fragmento de papel aparentemente conversa con P1 y retorna nuevamente al lugar donde se encontraba, acto seguido sale del enfoque de la cámara por la parte inferior; se observó que sale por el área de cubículos de cajeros, saliendo por la parte frontal de la cámara, se observa que retorna al enfoque de la cámara la P2 y aparece por la parte inferior; luego aparece por la parte inferior y se ubica en el cubículo localizado en el costado izquierdo a lado de P1 donde realiza movimientos de su mano y retorna al lugar donde se encontraba y manipula la computadora; se aprecia que a las 09h32, P2 deja documentos y manipula un objeto tipo rectangular papel moneda y P2, sale del enfoque de la cámara; el perito llegó a la conclusión de que el CD existe, así como lo referente a la reproducción de las imágenes que contiene, se visualizó las características físicas de las personas de forma regular; indicó además que en la parte superior de la imagen se lee la fecha 10-19-2017 hora 09h33; el inicio del archivo es desde las 09:20:03 hasta 09:39:27; a las preguntas realizadas en el examen directo contestó que P2 manipulaba un fragmento rectangular con características similares a papel moneda, en el cubículo localizado en el costado izquierdo en donde se encontraba la P1, en el transcurso de la reproducción del archivo se evidencia que P1 atiende con normalidad a los usuarios, mientras manipula este fragmento de papel no se evidencian personas frente a la cámara. ^ Lo cual también se encuentra corroborado con la pericia documental realizada por Denis Iván Chamba Vega, quien en sus conclusiones precisó: 1.- La firma dubitada asignada con el No. 1 constante en el documento No. 1 del comprobante de retiro de ahorros de la Cooperativa CREA número 0002011 de fecha 19 de octubre, por un valor de diez mil dólares atribuido a la señora Mercy Carpio, no corresponde ni grafica ni morfológicamente con las firmas indubitadas proporcionadas por Mercy Carpio; 2.- La firma asignada como No. 2, obrante en el documento No. 2, siendo un comprobante de retiro de ahorros de la Cooperativa CREA, asignado con la numeración 2042, por un valor de doscientos dólares de fecha 20 de octubre del 2017 si se corresponde gráfica y morfológicamente con las firmas indubitadas proporcionadas por Mercy Carpio, es decir, provienen de la misma personalidad grafica; 3.- La firma dubitada asignada como No. 3, obrante en el documento No. 3, el comprobante de retiro de ahorros de la Cooperativa CREA No. 0002012 de fecha 19 de octubre del 2017 por el valor de cinco mil dólares atribuido al señor Armando Zúñiga no se corresponde ni gráfica ni morfológicamente con las firmas indubitadas por el señor Armando Zúñiga, es decir, no provienen de la misma personalidad gráfica. ^ Documento utilizado para refrescar su memoria, mismo que obra de folios 251 de los autos. ^ Documento que obra de folios 251 de los autos. ^ Martha Natalia Álvarez Arévalo, expresó ser cónyuge de la persona procesada y se recibió su testimonio que dijo ser libre y voluntario. ^ Luisana María Illescas Álvarez, siendo hija del procesado comparece en forma libre y voluntaria para rendir su testimonio. ^ Diego Patricio Cordero Idrovo, expresó que su declaración es libre y voluntaria. ^ Patricio José Illescas Álvarez, comparece a rendir su testimonio en forma libre y voluntaria.

11/05/2021 PROVIDENCIA GENERAL**11:23:26**

Agreguese a los autos el escrito presentado, en cuenta el mismo para los fines pertinentes.- Hágase saber.

08/04/2021 ESCRITO**11:03:52**

Escrito, FePresentacion

09/02/2021 PROVIDENCIA GENERAL**11:16:32**

Agréguese a los autos el escrito presentado por el Abg. Juan Carlos Salazar Icaza, Procurador Judicial del Gerente de la Cooperativa de Ahorro y Crédito CREA LTDA., Econ. Patricio Barzallo, téngase en cuenta lo manifestado para los fines que en derecho importen; vuelvan los autos para consecución de la sentencia correspondiente.- Hágase saber.

03/02/2021 ESCRITO**16:49:19**

Escrito, FePresentacion

23/11/2020 Acta Resumen**10:42:02**

EN BASE A LO EXPUESTO, EL ORGANISMO ADVIERTE QUE EL CIUDADANO OSWALDO AMABLE ILLESCAS ARCENTALES AL REALIZAR LAS TRANSACCIONES INUSUALES DE TRANSFERENCIAS DE DINERO EN EL SISTEMA CON LA FINALIDAD DE CUADRAR UN FALTAN DE 15 MIL DÓLARES A ADECUADO SU CONDUCTA DELITO TIPIFICADO EN EL

FUNCIÓN JUDICIAL

REPÚBLICA DEL ECUADOR

www.funcionjudicial.gob.ec

TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES CON SEDE EN EL CANTÓN CUENCA

No. proceso: 01283-2016-04212
No. de Ingreso: 1
Acción/Infracción: 278 PECULADO
Actor(es)/Ofendido(s): HOSPITAL VICENTE CORRAL MOSCOSO
DRA ROCIO POLO, DR. PAUL VASQUEZ
Demandado(s)/Procesado(s): VILLOTA GUACHICHULLCA PABLO IVAN
GUAMAN ZARI JORGE PATRICIO

Fecha	Actuaciones judiciales
17/06/2020 13:18:02	ACTUARIALES RAZÓN : Siento como tal que las copias que anteceden en DIECISIETE FOJAS (17fs.), son iguales a sus originales que constan del proceso penal N° 01283-2016-04212 , seguido en contra de GUAMAN ZARI JORGE PATRICIO , por el delito de PECULADO , proceso que se encuentra en el Archivo Central del Complejo Judicial de Cuenca.- Certifico. Cuenca, 17 de Junio del 2020. Dr. John Vega Parra SECRETARIO DEL TRIBUNAL PENAL.
12/06/2020 15:35:21	COPIAS CERTIFICADAS Agréguese al proceso el escrito presentado por Jorge Patricio Guamán Zari. Atento a lo requerido, confiérase a través de quien corresponda copias certificadas de lo que se viene solicitando; lo anterior, supeditado a piezas procesales obrantes de autos. Por petitorio expreso del compareciente, entréguese la documentación requerida a la abogada Tatiana Guamán Sinche. Téngase en cuenta la casilla judicial y dirección de correo electrónico señalado para recibir notificaciones. Cúmplase y Notifíquese.
12/06/2020 12:52:38	OFICIO T R I B U N A L D E G A R A N T I A S P E N A L E S D E L A Z U A Y . OFICIO NRO. 1075-2019-TGPA Causa No. 01283-2016-04212-TGPA Cuenca, 12 de junio de 2020. COORDINADOR DE LA SALA DE SORTEOS DEL COMPLEJO JUDICIAL DE CUENCA Su Despacho.- De mis consideraciones: Para los fines legales consiguientes remito a usted en VEINTE Y UN FOJAS (21fs.) copias debidamente certificadas de las piezas procesales necesarias del proceso penal seguido en contra de JORGE PATRICIO GUAMAN ZARI , seguido por el delito tipificado en el Art. 257 del COIP, en virtud de ser sorteado ante el Dr. Jaime Andrade Jara, JUEZ DE GARANTÍAS PENITENCIARIAS DE LA UNIDAD JUDICIAL DE CUENCA . Por la favorable acogida que sabrá dar a la presente, anticipo mis agradecimientos. Atentamente, DR. JOHN VEGA PARRA SECRETARIO DEL TRIBUNAL DE GARANTIAS PENALES DEL AZUAY SAGA/C.A.
12/06/2020 12:10:52	ACTUARIALES RAZON : Siento como tal que se enviaron copias certificadas de las piezas procesales necesarias referente a JORGE PATRICIO GUAMAN ZARI, mediante oficio N° 1075-2020-TGPA, a Garantías Penitenciarias, conforme lo ordenado en sentencia. Certifico.- Cuenca, 12 de junio de 2020 . DR. JOHN VEGA PARRA SECRETARIO
11/06/2020 14:34:37	ESCRITO Escrito, FePresentacion
10/06/2020 13:23:39	ACTUARIALES RAZÓN: Siento como tal que, el día de hoy se giro la boleta constitucional manual de encarcelamiento a JORGE PATRICIO

Fecha Actuaciones judiciales

Organismo fue enfático en establecer la cantidad de hidrocarburo recibida por el testigo Villota Guachichulla conforme así lo alegó-; así como, el momento en el cual reportó la novedad advertida; por lo expuesto, al no tener nada que aclarar; y, al evidenciarse que la sentencia emitida no posee oscuridad, se rechaza el requerimiento efectuado por el ciudadano Guamán Zari por ser improcedente; consecuentemente, se dispone estarse a lo resuelto en sentencia. Cúmplase y Notifíquese.-

17/10/2019 RAZON**12:32:00**

01283-2016-04212

En Cuenca a 17 de octubre del dos mil diecinueve, las 12H30, comparece JORGE PATRICIO GUAMAN ZARI, portador de la cédula de ciudadanía No. 010122336-0, dando de esta manera cumplimiento a lo dispuesto, firmando para constancia con el secretario que certifica.-

17/10/2019 PROVIDENCIA GENERAL**09:01:00**

Cuenca, jueves 17 de octubre del 2019, las 09h01, Agréguese a los autos los escritos presentados por Jorge Patricio Guamán Zari, quien comparece al proceso requiriendo aclaración de la sentencia emitida en esta causa, se entiende la de fecha 10 de octubre del 2019. Previo a resolver sobre lo solicitado -dentro del término de ley- por la persona procesada compareciente, en atención a lo prescrito en el inciso tercero del Art. 255 del Código Orgánico General de Procesos (ley supletoria en materia penal según la Resolución Nro. 04-2016 de la Corte Nacional de Justicia, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 847 de fecha 23 de septiembre de 2016), se dispone correr traslado a los sujetos procesales con la petición de ampliación efectuada, a fin de que se pronuncien al respecto; para lo cual, se les concede el término de cuarenta y ocho horas. De otro lado, confiérase a través de quien corresponda copia certificada de los registros audiovisuales que se vienen solicitando; lo anterior, supeditado a la existencia de los mismos y a constancias procesales. Cúmplase y Notifíquese.-

15/10/2019 ESCRITO**10:38:56**

Escrito, FePresentacion

15/10/2019 ESCRITO**10:37:54**

Escrito, FePresentacion

10/10/2019 ACTUARIALES**14:34:00**

PRESENTACION PERIODICA

01283-2016-04212

En Cuenca a 10 de octubre del dos mil diecinueve, las 14H30, comparece JORGE PATRICIO GUAMAN ZARI, portador de la cédula de ciudadanía No. 010122336-0, dando de esta manera cumplimiento a lo dispuesto, firmando para constancia con el secretario que certifica.-

10/10/2019 SENTENCIA CONDENATORIA**12:40:00**

Cuenca, jueves 10 de octubre del 2019, las 12h40, (JUEZ PONENTE: DR. CÉSAR PESÁNTEZ OCHOA) VISTOS: El Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Cuenca, provincia del Azuay, integrado por los doctores: Patricia Novillo Rodas, Pedro Ordóñez Santacruz y César Pesántez Ochoa Juez de Sustanciación-, se instaló en audiencia de juicio oral, pública y contradictoria para conocer y resolver la situación jurídica de la persona procesada JORGE PATRICIO GUAMÁN ZARI, quien fue llamado a responder en juicio por el doctor Carlos Guzmán Muñoz, Juez de la Unidad Judicial Penal del cantón Cuenca, por "presumir su participación en calidad de autor del delito tipificado y sancionado en el Art. 257 inciso primero del Código Penal...". A la audiencia de juicio concurrieron el doctor Paúl Vásquez, Fiscal del Azuay; los abogados Stalin Tenesaca y Valeria Aguirre, defensores de la víctima de la infracción Hospital Vicente Corral Moscoso; el doctor Juan González, en su calidad de abogado de la Contraloría General del Estado; y, la persona procesada GUAMÁN ZARI, representada técnicamente por el doctor Eugenio Guerra; amén de que, en su calidad de abogado ejerció también su defensa. Una vez evacuada la diligencia, el Organismo concluyó por voto concordante de todos los Miembros del Tribunal- declarando la culpabilidad de la persona procesada; por lo que, siendo así la realidad procesal nos corresponde en este momento realizar las debidas consideraciones por escrito- que motivaron la decisión en esta causa así: PRIMERO (JURISDICCIÓN y COMPETENCIA): El Organismo se encuentra investido de la potestad pública de

Fecha Actuaciones judiciales

juzgar y ejecutar lo juzgado; por su parte, este Tribunal goza de competencia en razón de las siguientes consideraciones: a) por el sorteo efectuado por la Oficina de Sorteos de la Corte Provincial de Justicia del Azuay; b) por el imperativo mandato de los Arts. 150, 156 y 221 del Código Orgánico de la Función Judicial; c) conforme lo prescrito en la resolución N° 013-2016, emitida por el Consejo de la Judicatura; y, d) por lo establecido en el Art. 402 del Código Orgánico Integral Penal. SEGUNDO (VALIDEZ DEL PROCESO): A lo largo de la sustanciación procesal y fundamentalmente en el desarrollo de la audiencia de juicio, no se ha inobservado norma procesal alguna que haya violentado el derecho a las partes fundamentalmente como lo es el debido proceso y sus garantías básicas; a más de que, los sujetos procesales -dentro de su legítimo derecho- no han efectuado alegaciones de nulidad como las contempladas en el Art. 652 del COIP. TERCERO (LOS HECHOS QUE SE JUZGAN): La persona procesada GUAMÁN ZARI, está llamada a responder en esta etapa por el delito tipificado y sancionado en el inciso primero del Art. 257 del Código Penal, que refiere: "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..."; lo anterior, en razón de los argumentos del Juez de Origen del proceso, insertos en el auto de llamamiento a juicio..., relacionados al hecho fáctico propuesto en su momento por Fiscalía y Contraloría General del Estado. CUARTO (ALEGATOS DE APERTURA): a) El Representante de Fiscalía indicó que: los días 23, 24 y 25 de septiembre del 2008, en el Hospital Vicente Corral Moscoso, ubicado en la Av. 12 de Abril y Paseo de los Cañaris, aconteció una anomalía, la cual fue detectada por los técnicos de mantenimiento de la casa de máquinas, siendo que en el mentado mes y año, el día 23 laboró Luis Fernández, el día 24 laboró Jorge Guamán; y, el día 25 laboró Pablo Villolta; todos, en turnos desde las 05h00 hasta la 21h00; que el día 23 de septiembre se adquirió la cantidad de 4.000 galones de diésel; los que, fueron recibidos por el ciudadano Luis Fernández; mientras que, el día 24 de septiembre se adquirió la cantidad de 8.000 galones; es decir, un total de 12.000 galones; por ello, para el día 24 de septiembre del 2008 debían existir 15.200 galones; mas, cuando el ciudadano Villolta estuvo en su turno, se dio cuenta de un faltante de 5.340 galones, lo cual generó un perjuicio de \$ 4.300 dólares; hecho que, fue comunicado al ciudadano Carlos Andrade en su calidad de Jefe inmediato; y, posteriormente fue de conocimiento del Gerente del Hospital, quien solicitó un análisis de Contraloría; al respecto, en una reunión mantenida el ahora procesado Guamán Zari manifestó que el combustible se había derramado por unas válvulas dañadas. b) Defensa de la víctima, expuso: al interior del Hospital Vicente Corral Mosco, se llevó a cabo un trámite administrativo; y, posteriormente un examen de auditoria que concluyó en la presunta responsabilidad del procesado Guamán Zari; que el mes de septiembre del año 2008, el día 23 se recibieron 4.000 galones de diésel; y, el día 24 se recibieron 8.000 galones de diésel, combustible necesario para el funcionamiento de los calderos; por tanto, entre los días 23 y 25 de septiembre se dieron hechos, lo cual fue denunciado por el ciudadano Villolta, quien advirtió un faltante de 5.340 galones; por ello, cuando se consultó al procesado Guamán Zari, éste manifestó que se había dado un derrame; mas, ETAPA informó sobre que no habría acontecido el mismo. c) El doctor González, abogado de Contraloría General del Estado, manifestó: se practicó un examen especial a la cuenta de inversiones por el periodo comprendido entre el 01 abril del 2007 y 30 de junio del 2009; así como, a la cuenta de inversiones de larga duración, gastos y bienes y servicios en el periodo comprendido entre el 01 de julio del 2005 y el 30 julio del 2009; lo anterior, con relación al Hospital Vicente Corral Moscoso; por tal razón, se analizó la adquisición de 12.000 galones de diésel, llegándose a determinar que existía un faltante, previo lo cual inclusive se solicitó información a ETAPA con el afán de garantizar lo dicho por el ciudadano Guamán Zari; mas, finalmente se llegó a establecer indicios de responsabilidad penal en relación a un faltante de 5.300 galones de diésel, cuyo valor ascendía a la suma de \$ 4.346 dólares, todo lo cual fue presentado en Fiscalía. d) El doctor Guerra, defensor de la persona procesada GUAMÁN ZARI, indicó: el día 25 de septiembre del 2008, el ciudadano Guamán Zari, no se encontraba a cargo de combustible alguno; mas, si bien el día 24 del mentado mes y año, sí recibió dos descargas de diésel, cada una de 4.000 galones, al terminar su turno esto es a las 21h00, dejó en el Hospital Vicente Corral Moscoso la cantidad de 14.480 galones; sin embargo, se tendrá presente que desde ese momento hasta las 05h00 horas del día siguiente, el combustible no estuvo bajo el cuidado de ningún custodio; que se demostrará que el ciudadano Villolta llegó a laborar a las 05h00 de la mañana; mas, no midió la cantidad de diésel que recibía, estando por tanto a cargo de los 14.480 galones; y, si bien el reportó un faltante, lo hizo a las 4 o 5 de la tarde; a más de que, procedió a llamar al ciudadano Guamán Zari, quien refirió que el diésel se había derramado por una manguera, por ello inclusive acudieron al sitio y advirtieron que efectivamente existía un derrame; y que, el área no tenía canales de desfogue; que se demostrará que el informe remitido por ETAPA, habla de días anteriores y posteriores al día 25 de septiembre del 2008; consecuentemente, al estar frente a algo accidental no existe dolo; que en audiencia también se justificarán atenuantes. QUINTO (PRUEBA): La prueba tiene como finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada; coherentes con lo anterior, los sujetos procesales deberán enmarcar la misma a la comprobación de sus teorías del caso presentadas y solo así, poder validar sus pretensiones; por lo tanto, en aquel ejercicio se requirió: a) PRUEBA DE FISCALÍA: Solicitó se proceda a la recepción de las testimoniales de Luis Alfonso Fernández Iglesias, Pablo Iván Villolta Guachichullca, Rene Luis Dután Villalta, Carlos Humberto Andrade Gutiérrez, Danilo Augusto Encalada Moreno, Oscar Fabián Nieto Tapia, Marcelo Fernando Alvarado Sarmiento, Estrella del Rocío Espinoza Garzón, Patricia Ivonne Alvarado Córdova, Diego Paúl Romero Herrera. Expresamente renunció a la demás prueba testimonial anunciada. Como prueba denominada documental solicitó tenerse en cuenta los elementos detallados dentro del acápite "documentos" constantes en el

petitorio por escrito inserto a fs. 01 de los autos. b) PRUEBA DE LA DEFENSA DE LA VÍCTIMA: Éste sujeto procesal refirió no haber anunciado mecanismo probatorio alguno. c) PRUEBA DE CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO: Éste sujeto procesal se adhirió íntegramente al anuncio probatorio de Fiscalía. d) PRUEBA DE LA DEFENSA DE LA PERSONA PROCESADA: Este sujeto procesal solamente requirió la recepción de las testimoniales de Ivonne Magdalena Cordero Beltrán, Edgar Alfonso Farfan Flores, Sergio Efrén García Andrade, Román Jacinto Gómez Peñafiel, Laura América Segarra Sánchez, Marco Guillermo Siguencia Ortiz, Wilson Patricio Beltrán Astudillo, Braulio Saavedra Astudillo, María Cornelia Illescas Chica, Gladys Patricia Guillen Farfan, Vanessa Katherine Jarrín Córdova, esto por cuanto con relación a su demás probanza, aquella fue común con la anunciada por Fiscalía. Expresamente renunció al testimonio de Regina Ulloa Brito, Nelson Augusto Churo Tandazo, Luis Oswaldo Yumbillo Ortíz. Como prueba denominada documental solicitó tenerse en cuenta los elementos detallados dentro del acápite “prueba documental” constantes en el petitorio por escrito inserto a fs. 03 de los autos. e) CONTRADICCIÓN: Por mandato constitucional, la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo; en tal virtud, se consultó a los sujetos procesales sobre posibles alegaciones que puedan efectuar a la prueba presentada; frente a lo cual, los mismos no objetaron la prueba anunciada. f) VALIDEZ DE LA PRUEBA PEDIDA: Este Tribunal considera que: 1) Los partes informativos, noticias del delito, versiones de los testigos, informes periciales y cualquier otra declaración previa, se podrán utilizar en el juicio con la única finalidad de recordar y destacar contradicciones, siempre bajo la prevención de que no sustituyan al testimonio. En ningún caso serán admitidos como prueba...; por lo tanto, los documentos aportados por los sujetos procesales que se encuentren dentro del mentado hipotético son considerados conforme lo prescrito en la normativa vigente para la causa. 2) la probanza solicitada por Fiscalía y Defensa de la persona procesada, fue anunciada en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio; por lo tanto, la oportunidad en la misma, permite la recepción de ésta en la etapa de juicio. 3) las renunciaciones efectuadas por los sujetos procesales prueba testimonial conforme lo detallado supra-, no fueron motivo de alegación alguna; por tanto, el Organismo aceptó las mismas en virtud del principio rector del proceso penal como lo es el dispositivo. SEXTO (PRUEBA PRACTICADA): a) PRUEBA DE LA FISCALÍA: 1) Se presentaron los documentos anunciados por éste sujeto procesal; 2) En audiencia se receptaron los testimonios de los ciudadanos individualizados supra que fueron solicitados, cuyas atestaciones se encuentran registradas en las constancias magnetofónicas que forman parte del expediente. b) PRUEBA DE LA DEFENSA DE LA PERSONA PROCESADA: 1) Se presentaron los documentos anunciados por éste sujeto procesal; 2) En audiencia se receptaron los testimonios de los ciudadanos individualizados supra que fueron solicitados, cuyas atestaciones se encuentran registradas en las constancias magnetofónicas que forman parte del expediente; argumentando que, con relación a los demás mecanismos probatorios solicitados, aquellos ya habían sido practicados en razón del petitorio probatorio común con Fiscalía; 3) La persona procesada no podrá ser obligada a rendir testimonio, ni se ejercerá en su contra coacción o amenaza, ni medio alguno para obligarlo o inducirlo a rendir su testimonio contra su voluntad; al respecto, la persona procesada GUAMÁN ZARI, luego de hacérsele conocer por parte del Organismo sobre sus derechos, de manera libre y voluntaria decidió rendir su testimonio, cuyas atestaciones se encuentran registradas en las constancias magnetofónicas que forman parte del expediente. SÉPTIMO (ALEGATOS FINALES) Los sujetos procesales en sus alegaciones finales, en síntesis, expresaron: a) Fiscalía: en audiencia se demostró que los 12.000 galones de diésel fueron adquiridos por el Hospital Vicente Corral Moscoso, por tanto, formaban parte de una institución pública; por su parte, se contó con el testimonio del señor Villolta quien manifestó que si bien en la bitácora recibida constaba cierta cantidad de combustible, ello no correspondía a lo físico; lo que, motivó que se ponga en conocimiento del señor Andrade, quien a su vez informó al Director del prenombrado hospital; que si bien el procesado Guamán manifestó que se había dado una fuga, ello es imposible por cuanto no se evidenció contaminación alguna en las instalaciones de ETAPA; además de que, el testigo Rene Dután, expresamente indicó que las válvulas “check” se encontraban en buen estado; consecuentemente, lo que ocurrió es que los tanqueros no dejaron todo el diésel, sino lo hicieron en menor cantidad; y, de ello se benefició el procesado, esto porque no hay otra explicación; es decir, se abusó; y, al haberse demostrado con el testimonio de la perito Ivonne Alvarado que existió una erogación de dinero por el mentado combustible, ello generó un perjuicio; que los testigos de la defensa fueron contradictorios al punto de no saber si el material derramado era medio claro o medio oscuro; además de que, los testigos Nieto y Alvarado expresamente refirieron en torno a no haber ayudado en la descarga de combustible, pese a que el procesado dijo que sí lo hicieron; que se ha verificado un perjuicio por la suma de \$ 4.346,80 dólares; el cual fue causado por un funcionario público, custodio de aquel combustible; consecuentemente, en sentencia se declarará al procesado Guamán Zari, autor del delito tipificado y sancionado en el inciso primero del Art. 257 del C. Penal, por lo que, se le impondrá la pena y multa que corresponda; y, se le mandará a reparar integralmente a la institución perjudicada. b) Defensa de la Víctima, expuso: el ahora procesado se encontraba sometido al Código de Trabajo; mas, conforme lo prescrito en los Arts. 232 y 233 de Constitución, era responsable de los bienes que se encontraban bajo su cuidado; se debe tener presente que el informe de Contraloría y el de ETAPA no han sido contradichos, tanto más que no se llegó a detectar hidrocarburo alguno en las lagunas de oxigenación; de otro lado, acorde prueba documental se demostró que el Hospital Vicente Corral Moscoso, efectivamente adquirió el hidrocarburo; además de que, se llegó a establecer quienes son las personas que se encontraban en calidad de custodios del mismo; el testigo Villolta manifestó cual fue su procedimiento al momento de advertir la desaparición del diésel; existen constancias relacionadas a que el ahora procesado pidió disculpas; lo cual, evidentemente llama la atención; con el testimonio del ciudadano Andrade se llegó a determinar que sí existía un guardia de seguridad en la institución; el perito Romero acreditó que el lugar de los hechos existe; la perito Cordero indicó en torno a que el

hidrocarburo se podría absorber en la tierra; pero, estableció que el mismo debía haberse encharcado; por su parte, los testigos de la defensa de la persona procesada han sido contradictorios pues ni siquiera lograr precisar el color del supuesto charco; por lo expuesto, en sentencia se declarará la culpabilidad del ciudadano Guamán Zari; y, se dispondrá la reparación a favor del Hospital Vicente Corral Moscoso. c) Defensa de la Contraloría General del Estado, refirió: conforme las facultades establecidas en los Arts. 211 y 212 de la Constitución, se practicó un examen especial a las cuentas del Hospital Vicente Corral; que se debe tener presente que el ahora procesado manifestó que los ciudadanos Nieto y Alvarado le ayudaron a descargar un camión; mas, conforme lo refirió mediante oficio, ello no se dio; a más de que, la descarga aconteció a eso de las 13h30; el testigo Villolta fue expreso en manifestar en torno al hecho de haber informado lo que aconteció en el momento que se dio cuenta del faltante; que se debe considerar que los testigos de la defensa refirieron que los desagües no funcionaban; consecuentemente, la supuesta fuga debió inundar la farmacia del hospital conforme ya aconteció en otra ocasión, lo que, hubiese llamado la atención del señor Villolta; que el perjuicio ocasionado fue por la suma de \$ 4.378,80; y, el ahora procesado fue un funcionario público a cargo de un bien público; por lo tanto, se solicita que el ciudadano Guamán Zari, sea declarado culpable conforme lo prescrito en el Art. 257 numeral 1 del C. Penal, infracción hoy recogida en el Art. 278 del COIP. d) Defensa de la persona procesada, indicó: llama la atención que un obrero pueda ser considerado como funcionario público, tanto más que, el régimen que regulaba su actividad es el Código de Trabajo; que se debe tener presente que el día de los hechos, el ahora procesado no se encontró a cargo de ningún combustible, esto por cuanto los 12.000 galones de diésel formaban parte del activo del Hospital Vicente Corral Moscoso; y, por cuanto el mismo no estaba bajo la tutela del ciudadano Guamán Zari; que como prueba documental se presentó una bitácora en la cual se advierte que el ciudadano Villolta verificó los niveles de diésel a las 05h00 de la mañana; por tanto, si a eso de las 17h00 horas detectó menos combustible, ello responde a un derrame; que conforme pericia practicada por la ciudadana Cordero Beltrán, se llegó a determinar que en el suelo circundante de los tanques, existen residuos de diésel, es decir que el derrame fue real; que para movilizar una gran cantidad de diésel se necesita tanqueros; mas, el testigo Encalada Moreno manifestó que no existieron reportes de vehículos que hayan salido con combustible; que según lo referido por el testigo Andrade, los calderistas eran los encargados de custodiar el diésel; mas, según otros testigos el responsable era él; por tanto, no existía un orgánico funcional; de otro lado, con la prueba practicada se llegó a demostrar que el doctor Guamán Zari recibió una llamada, a través de la cual se le informaba sobre un derrame, lo cual motivo que nos traslademos al lugar de los hechos y se verifique que efectivamente aquello se dio; que no existe prueba que conlleve a determinar la existencia de la infracción, tanto más que existe duda; por lo tanto, en sentencia se confirmará el estado de inocencia del doctor Guamán Zari. OCTAVO: SUBSUNCIÓN (EXISTENCIA DE LA INFRACCIÓN; y, RESPONSABILIDAD PENAL): Corresponde al Tribunal analizar sobre si el actuar de la persona procesada GUAMÁN ZARI; el cual, tiene como premisas las respectivas teorías del caso alegatos de apertura- presentadas por los sujetos procesales han encontrado sustento y validez jurídica con la prueba practicada a lo largo de la audiencia de juicio; al respecto tenemos: (EXISTENCIA DE LA INFRACCIÓN) Para que éste Organismo pueda precisar si efectivamente nos encontramos frente a una infracción, debemos partir entendiendo lo que es el ilícito de peculado; al respecto, el mismo emerge desde cuando se violenta el objeto genérico de la tutela penal como lo es, proteger el normal desarrollo de las actividades de la administración pública; pues, el objeto específico de la protección jurídico-penal es, garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública, asegurando una correcta administración del patrimonio público; o como lo dice Soler, además de haberse lesionado los intereses del fisco, se han lesionado los de la administración pública en un sentido amplio; por tanto, bajo estas consideraciones, es necesario efectuar las siguientes precisiones: a) en el mes de septiembre del año 2008, el Hospital Vicente Corral Moscoso, adquirió la cantidad de 12.000 galones de combustible “diésel 2” para su casa de máquinas, a un costo de 0,8203 centavos de dólar por galón, hidrocarburo por el cual se canceló la suma total de \$ 9.843,42 dólares; lo cual, ha sido demostrado conforme copias certificadas presentadas consistentes en: documento de pedidos del Hospital Vicente Corral Moscoso N° 113850, de fecha 12 de septiembre del 2008; documento de comprobante de pago con factura del Ministerio de Finanzas del Ecuador; y, mediante los formularios para comercializadora N° 0001518, 0001519 y 0001520, emitidos por Petrocomercial en fecha 12/09/2008, a través de los cuales se demuestra que tan sólo luego de la erogación de la suma de dinero antes precisada, se procedió al despacho del combustible “diésel 2 industrial”, en la cantidad de 12.000 galones; es decir, tanto los fondos destinados a la adquisición del hidrocarburo; así como, el mismo, indiscutiblemente son públicos; pues, estuvieron destinados a cubrir necesidades consumo- del prenombrado centro hospitalario; b) conforme prueba documental presentada se establece que el combustible en mención fue trasladado desde Petrocomercial hasta el hospital Vicente Corral Moscoso, de la siguiente forma: en fecha 2008/09/23, con guía de remisión N° 020-002-0032759, la cantidad de 4.000 galones, cuyo transportista fue Manuel Bravo Peñafiel; en fecha 2008/09/24, con guía de remisión N° 020-002-0032824, la cantidad de 4.000 galones, cuyo transportista fue Segundo Macao Zhunio; y, en fecha 2008/09/24, con guía de remisión N° 020-002-0032901, la cantidad de 4.000 galones, cuyo transportista fue Segundo Lombaida Orellana; c) en torno a la recepción del combustible antes detallado por parte del Hospital Vicente Corral Moscoso, tenemos la siguiente información: el testigo Luis Alfonso Fernández Iglesias, refirió haber laborado en el mes de septiembre del año 2008, en el área de calderos de la casa de máquinas del hospital antes individualizado; y, en tal razón haber recibido la cantidad de 4000 galones de diésel; recepción que, encuentra sustento probatorio en el documento presentado denominado “bitácora”; del cual se desprende aquello; y que, la fecha de recepción correspondió al 23 de septiembre del 2008; por su parte, el ahora procesado Guamán Zari, al rendir testimonio corroboró en torno a la prenombrada recepción; así como manifestó que, el día 24 de septiembre del 2008, también laboró como calderista del hospital antes

Fecha Actuaciones judiciales

individualizado; y, en función de ello recibió dos camiones cargados de combustible; por lo que, al terminar su turno a eso de las 21h00 horas, dejó más de 14.000 galones de diésel en los tanques; cantidad que, conforme bitácora de data antes precisada hipotéticamente correspondería a 14.480 galones de combustible; d) el testigo Pablo Iván Villota Guachichulca, manifestó que el día 25 de septiembre del 2008, ingresó a las 05h00 de la mañana a su trabajo en la caldera del Hospital Vicente Corral Moscoso; y, si bien su compañero de labores Guamán Zari- había anotado en el documento pertinente que dejaba un aproximado de 14.000 galones de diésel, aquello no correspondía a la realidad sino a papeles; pues, cuando revisó los niveles del mismo a eso de las 16h00 horas, se pudo dar cuenta que físicamente existían aproximadamente unos 8.500 galones; por lo que, procedió a informar de ello a su jefe inmediato el señor Andrade; y, a llamar a su compañero Guamán Zari, quien le supo referir que se quede callado, que no avise a nadie, que él arreglaría aquello; pues, había existido un problema ya que el diésel se había ido por la alcantarilla del hospital; al respecto, las aseveraciones del prenombrado testigo encuentra también respaldo documental bitácora- en la cual se advierte que se hizo constar la cifra "8.800"; al respecto, el rango de las diferencias antes precisadas en momento alguno fueron contradichas; por tanto, atentos al análisis probatorio antes detallado, resulta indiscutible el hecho de haberse evidenciado una inconsistencia en torno a la cantidad de combustible diésel que efectivamente debía reposar en los tanques de almacenamiento de la casa de máquinas del Hospital Vicente Corral Moscoso; mas, debemos examinar en torno a los motivos de aquel faltante; al respecto, tenemos: 1) el testigo Carlos Humberto Andrade Gutiérrez, refirió que en su calidad de Jefe de Mantenimiento del centro hospitalario en mención, llegó a conocer que efectivamente se adquirieron la cantidad de 12.000 galones de diésel; y que, en el área de casa de máquinas, en el mes de septiembre del año 2008, el día 23 laboró el ciudadano Fernández, el día 24 laboró el ciudadano Guamán; y, el día 25 laboró el ciudadano Villolta, quien a eso de las 17h00 le reportó sobre la existencia de un faltante; por tal razón, acudió al sector de casa de máquinas en donde encontró a prenombrado ciudadano así como al procesado Jorge Guamán, siendo que éste último le dijo dejemos allí para arreglar; pues, se había dado una fuga; por tal razón, finalmente informó lo que estaba sucediendo a su superior; 2) el testigo Danilo Augusto Encalada Moreno, refirió haber laborado como Director del Hospital Vicente Corral Moscoso en el mes de septiembre del año 2008; por lo que, en razón de sus funciones recibió una notificación por parte del señor Andrade, Jefe de Mantenimiento, a través de la cual se le hacía conocer sobre un faltante de diésel; por tal motivo, consultó a asesoría jurídica; y, le solicitaron nombrar una comisión que investigue, posteriormente, remitió toda la información a Contraloría General del Estado; además de que, tuvo conocimiento que el ciudadano Guamán había manifestado que el diésel faltante se había ido por las alcantarillas; al respecto, el testigo Marco Guillermo Sigüencia Ortiz, ratificó el hecho de haber sugerido al señor Director del Hospital de ese tiempo, la designación de una comisión destinada a que se investigue lo acontecido en torno a la fuga de diésel por las alcantarillas de la institución; 3) la testigo Laura América Segarra Sánchez, quien al formar parte de la comisión investigadora antes determinada, explicó en torno a las actividades desplegadas en razón su designación, esto es la verificación física del lugar, luego de lo cual, llegaron a determinar que los desagües del sector de la casa de máquinas así como el terreno circundante, presentaba combustible en poca cantidad; pero, sin inundación; y que, si bien observó el cemento y la tierra húmeda, considera que no es posible que se hayan fugado más de 4.000 galones de combustible. De lo antes analizado, sin lugar a duda se llega a establecer el inicio de un proceso administrativo tendiente a determinar si existió o no una fuga de hidrocarburo, esto lo entendemos en razón de los argumentos esgrimidos de manera primigenia por el ahora procesado Guamán Zari a sus compañeros Villolta Guachichulca y Andrade Gutiérrez; mas, no podemos abstraernos de entender que los resultados a los cuales arribaron los miembros de la comisión, indiscutiblemente motivaron la intervención de Contraloría General del Estado; al respecto, la testigo Estrella del Rocío Espinoza Garzón, quien laboró como Supervisora de Contraloría, precisó que, luego de practicar un examen especial a las cuentas de inversiones en existencias e inversiones en bienes de larga duración y gastos en bienes y servicios de consumo de Hospital Vicente Corral Moscoso, se llegó a determinar que: a) la mentada institución entre los días 23 y 24 de septiembre del 2008, adquirió la cantidad de 12.000 galones de combustible, por lo que, canceló la suma de \$ 9.843 dólares aproximadamente; b) que en la institución materia del examen especial, en calidad de técnico de mantenimiento laboró primero el señor Fernández, quien recibió 4.000 galones; luego el señor Guamán, quien recibió 8.000 galones; y, finalmente el señor Villolta, quien reportó un faltante o diferencia de unos 5.300 galones aproximadamente; c) que dentro del examen practicado recibieron la comunicación del señor Guamán quien mediante oficio informaba haber laborado por 9 meses, desconocer de algunas cosas, haber solicitado ayuda a los ciudadanos Nieto y Alvarado para realizar los acoples en la descarga del combustible, que el combustible se habría fugado por una manguera que cayó al piso; mas, frente a ello, la empresa ETAPA informó que no existían vestigios relacionados a que el combustible haya llegado a las lagunas; pues, tan sólo 30 galones hubiesen cubierto unas 45 hectáreas de espejo de agua; por su parte, se contó con la información aportada por un señor Dután, quien precisó sobre la existencia de una válvula "check" que impedía el retorno de combustible; y, finalmente un señor de apellido Lombaida refirió que cuando entregó el combustible no tuvo problema alguno al descargar; por lo que, en definitiva se llegó a determinar que el faltante se dio el día 24 de septiembre del 2008; y, el mismo fue reportado el día 25 del mentado mes y año; faltante que, causó un perjuicio de \$ 4.378 dólares; todo lo cual, motivó el respectivo informe de indicios de responsabilidad penal; empero lo anterior, el faltante y el perjuicio existente, Fiscalía lo demostró, así: la ciudadana Patricia Ivonne Alvarado Córdova, perito en contabilidad y auditoría, refirió que en torno al caso relacionado al hospital Vicente Corral Moscoso, se acercó a la mentada institución sitio en donde tomó contacto con el Jefe de Mantenimiento; y, le facilitaron los documentos respectivos, mismos que le permitieron establecer que en el año 2008, el día 23 de septiembre, al ciudadano Luis Fernández se le entregó la cantidad de 3.025 galones de combustible; luego, él recibió la cantidad

de 4.000 galones; y, en su turno se consumieron 256 galones, dejando como saldo la cantidad de 6.769 galones, sin observaciones; el día 24 de septiembre, al ciudadano Guamán Zari se le entregó la cantidad de 6.769 galones; luego, él recibió la cantidad de 8.000 galones en dos entregas; y, en su turno se consumieron 289 galones, dejando como saldo la cantidad de 14.480 galones, sin observaciones; el 25 de septiembre, al ciudadano Villolta se le entregó la cantidad de 14.480 galones; y, en su turno se consumieron 340 galones; mas, si bien debía existir un saldo de 14.140 galones, él anotó como observación que tan sólo existían 8.800 galones; consecuentemente, se llegó a determinar que existió un faltante de 5.340 galones; mismos que, a un precio de 0.82 centavos de dólar por cada galón, generaron un perjuicio económico de \$ 4.378,80 dólares; al respecto, el grado de aceptación científica y la técnica de los principios contables en que se fundó el informe pericial y fundamentalmente las conclusiones arribadas por la perito Alvarado Córdova, no lograron ser desacreditadas por la defensa de la persona procesada; y, al así haber acontecido, la mentada probanza es irrefutable y conlleva sin lugar a duda a establecer un perjuicio económico público; esto es, el acontecido en el Hospital Vicente Corral Moscoso; empero lo anterior, si bien el testimonio de la ciudadana Espinoza Garzón y las conclusiones arribadas luego de haberse practicado el peritado e individualizado examen por parte Contraloría General del Estado a la institución en análisis, de manera lógica descartan que la hipotética fuga de combustible sea la génesis de la variación en los niveles de hidrocarburo; en audiencia se evacuaron los siguientes elementos probatorios que definitivamente corroboran lo antes precisado, así: 1) el testigo Rene Luis Dután Villalta, Gerente de “Asetronix”, compañía destinada a brindar mantenimiento hospitalario, supo manifestar que en el año 2008, sí brindó el mismo a casa de máquinas del Hospital Vicente Corral Moscoso; y, en determinado momento al existir un requerimiento de un ingeniero Andrade, Jefe de Mantenimiento del Hospital, supo manifestar según su informe- que sí existía una válvula “check” misma que impide el retorno de combustible; y que, aquella estuvo en perfecto estado; empero lo anterior, refirió haber trabajado en determinada bomba “aurora”; mas, precisó que la misma por sus características es utilizada para gases, mas no para fluidos como combustible; pues, la que se emplea es una de caudal; consecuentemente, la defensa de la persona procesada en momento alguno logró determinar con certeza en torno a que una hipotética válvula deficiente haya permitido la fuga o retorno de combustible aludido, tanto más que inclusive el testigo Dután Villalta fue expreso en manifestar que no trabajó en el área constante en las fotografías que le fueron exhibidas por parte de la defensa de la persona procesada; ergo, el Tribunal no puede ni debe elucubrar al respecto; pues, es criterio jurídico del mismo que los jueces no se encuentran llamados a colegir o dar por probado lo que las partes procesales en su momento dejaron de hacerlo; 2) los testigos Sergio Efrén García Andrade y Román Jacinto Gómez Peñafiel, técnicos de mantenimiento de la institución antes detallada, fueron enfáticos y fundamentalmente contestes en aseverar que las alcantarillas y los pozos de revisión ubicados por el sector de la casa de máquinas, desde muchos años atrás están colapsados, ya sea por basura, piedras, lodo o raíces de árboles grandes; y que, a consecuencia de ello, en determinadas ocasiones el agua lluvia rebosa; aseveración que, también fue esgrimida por el testigo Farfán Flores, Jefe Administrativo del Hospital; por tanto, y pese haberse determinado el correcto funcionamiento de una válvula “check”, misma que hipotéticamente en caso de no operar bajo los parámetros normales hubiese permitido el retorno de combustible y la supuesta fuga de combustible acontecida entre el día 24 y 25 de septiembre del 2008, por las alcantarillas, conforme lo esgrimió en su momento ante los ciudadanos Villolta Guachichulla y Andrade Gutiérrez- el ahora procesado e inclusive lo volvió a referir a manera de hipótesis- cuando rindió testimonio frente al Organismo; aquello resultó ser incongruente, más aún con la propia prueba presentada por el procesado, esto por cuanto lógica- el hidrocarburo mal pudo perderse en un sistema de alcantarillado que por sus condiciones impedía el flujo de cualquier tipo de líquido; amén de que, los testigos Andrade Gutiérrez, Encalada Moreno y Espinoza Garzón, supieron expresar en torno a que la empresa ETAPA, informó que las lagunas de oxigenación, en momento alguno resultaron contaminadas con hidrocarburos; es decir, a todas luces se descarta que la cantidad de 5.340 galones de “diésel 2 industrial” finalmente hayan desaparecido en la red de alcantarillado del cantón Cuenca, provincia del Azuay; 3) corresponde analizar otro de los hipotéticos planteados por la defensa de la persona procesada; esto es que, el hidrocarburo fue absorbido por el terreno circundante al de los tanques reservorios; lo anterior, pese al correcto funcionamiento de una válvula “check” y pese haberse descartado que el fluido sucumbió en las redes de alcantarillado; al respecto tenemos: a) el testigo Wilson Patricio Beltrán Astudillo, manifestó que el día 25 de septiembre del 2008, acudió en compañía del ahora procesado y otros al sector denominado casa de máquinas del Hospital Vicente Corral Moscoso, sitio en el cual, en la parte de atrás, observó regado diésel y un charco grande de unos 2 centímetros; b) el testigo Braulio Saavedra Astudillo, refirió que el día 25 de septiembre del 2008, acudió en compañía del ciudadano Guamán Zari a la institución antes individualizada, sitio en el cual observó un charco de combustible en el área encementada; mientras que, en el área de tierra estuvo húmeda como mojada como lodo; c) el testigo Edgar Alfonso Farfán Flores, indicó que el día 25 de septiembre del 2008, se encontró con el ciudadano Jorge Guamán quien estuvo con otras personas; y, le refirió en torno a determinado derrame de combustible; por ello, le acompañó al sitio en donde se decía se había dado el mismo, lugar en el cual observó humedad y percibió olor a diésel, precisando que esto lo observó en el “cuadro donde están los tanques”, referencia que conforme la prueba practicada corresponde a una área encementada, pues a continuación de la misma se encuentra una área de tierra; d) la persona procesado Guamán Zari, expuso que el día 25 de septiembre del 2008, recibió una llamada del señor Villolta quien le refería en torno a un derrame; por ello, y por ser solidario se trasladó hasta su sitio de trabajo, en donde llegaron a concluir que la manguera cayó y se regó el diésel por cuanto se presumía que la bomba existente funcionó “alrevés”; mas, si bien el área encementada estuvo húmeda al igual que la tierra, no encontró charcos; e) la ciudadana Ivonne Magdalena Cordero Beltrán, refirió que en el año 2017 practicó una pericia destinada a verificar presencia de hidrocarburos en el lugar de almacenamiento del mismo en el Hospital

Fecha Actuaciones judiciales

Vicente Corral Moscoso, por ello, luego de haberse tomado las respectivas muestras en 3 lugares, concluyó que en las mismas sí existía presencia de hidrocarburos, obviamente por cuanto se habría derramado; mas, no podría determinar la data de ello; finalmente estableció que de haberse dado un derrame de una cantidad aproximada de 6.000 galones de combustible, el mismo se habría encharcado; f) el perito Diego Paúl Romero Herrera, refirió que en el ámbito de su pericia, pudo conocer que el área encementada de los tanques reservorios era pequeña con unas dimensiones aproximadas de 8 por 10 metros; y que, las descargas de combustible se las efectuaba desde el área verde mediante un tanquero que ingresaba al mentado sitio. El Organismo, efectuando un análisis entorno a la prueba antes detallada, establece que si bien el ahora procesado Guamán Zari se trasladó el día 25 de septiembre del 2008, a su lugar de trabajo, luego de una llamada efectuada por su compañero de labores Villolta Guachichulca, en el mentado sitio no se evidenció determinado encharcamiento de hidrocarburo conforme subjetivamente pretende hacer ver el testigo Beltrán Astudillo; sino, únicamente humedad y residuos de combustible "diésel 2 industrial"; pues, así lo percibieron los ciudadanos Farfán Flores, Saavedra Astudillo y fundamentalmente el ahora procesado; por tanto, la apreciación en este punto del ciudadano Beltrán Astudillo, es contraria a toda lógica; máxime que, un hipotético encharcamiento de 2 centímetros de diésel en el sector de casa de máquinas de un centro hospitalario, indiscutiblemente hubiese promovido la activación del más elemental de los protocolos de seguridad; lo cual, no aconteció; pues, no existe alegación o referencia alguna en ese sentido; empero lo anterior, la humedad existente en el lugar observado, lejos de responder a una fuga masiva de combustible, encuentra lógica en el propio testimonio del procesado Guamán Zari, quien supo manifestar que en cada descarga de combustible, aproximadamente se perdían entre 5 a 10 galones de combustible; lo anterior, en razón de las fallas en los acoples; por tanto, si las descargas de combustible eran realizadas desde tanqueros localizados en el área verde, conforme lo precisó el perito Romero Herrera; y, si partimos del presupuesto mínimo que correspondería a una pérdida de 5 galones por descarga, concluimos -matemática elemental- que en una adquisición rutinaria mensual de 12.000 galones de combustible, cuya entrega acontecía a través de camiones que transportaban 4.000 galones, resulta evidente la pérdida de por lo menos 15 galones mensuales de combustible; ergo, en un año aproximadamente se perdían por este concepto unos 180 galones de hidrocarburo; consecuentemente, la humedad observada resultaría ser la conclusión lógica y racional de la sola hipotetización efectuada; la cual, insistimos encuentra sustento en las propias aseveraciones del ciudadano Guamán Zari; amén de que, aquellos pequeños derrames de combustible, de igual forma son coherentes con los hallazgos encontrados por la perito Cordero Beltrán, esto por cuanto la misma supo referir que si bien el hidrocarburo verificado en las muestras obtenidas del lugar en donde se dieron los hechos, correspondían efectivamente a derrames; mas, reconoció la imposibilidad de establecer la fecha mismo o las cantidades; empero ello, sí fue contundente en afirmar que un derrame de aproximadamente 6.000 galones de combustible, produciría un encharcamiento; el cual, conforme ya lo analizamos supra no pudo ser demostrado; por tanto, se ha descartado con la propia prueba practicada por defensa de la persona procesada, la fuga masiva de combustible; y, el obligatorio conforme criterio científico- encharcamiento del mismo; 4) finalmente otro de los hipotéticos planteados en ejercicio de la defensa de la persona procesada radicaría en un presunto robo de combustible, conforme inclusive así lo manifestó el ciudadano Guamán Zari al rendir testimonio; esto por cuanto al finalizar su turno a las 21h00 horas, ya no era responsable del cuidado del combustible; al respecto, tenemos: a) el testigo Danilo Augusto Encalada Moreno, en su momento Director del Hospital Vicente Correal Moscoso, refirió en torno a que en el año 2008, siempre existió guardianía en la institución que regentaba; así como que, no recibió reporte alguno en torno a la salida de tanqueros en horas de la noche; b) el testigo Carlos Humberto Andrade Gutiérrez, Jefe de Mantenimiento de la institución antes individualizada, manifestó que en la garita que era la única puerta, sí existía un guardia; y que, no llegó a conocer que en la noche haya salido un tanquero por la misma; c) la testigo María Cornelia Illescas Chica, expuso que a su criterio las personas que laboraban en calidad de calderistas, ya no eran responsables del combustible luego de que concluían su turno; pues, no existían guardias que cuiden el hidrocarburo. De lo antes analizado, resulta evidente que los reservorios de combustible estaban desprovistos de guardianía o vigilancia a partir de las 21h00 horas; mas, sí existían guardias de seguridad alojados en la garita de acceso al Hospital Vicente Corral Moscoso, quienes en momento alguno reportaron la salida de tanqueros en horas de la noche, esto es a partir de las 21h00, tanto más que lo contrario indiscutiblemente hubiese llamado su atención; ergo, la quimérica sustracción de combustible luego de haber fenecido el turno en el cual laboró el ciudadano Guamán Zari, ha sido descartada con sustento en prueba testimonial; máxime que, la cantidad del hidrocarburo faltante fue de 5.340 galones; y, si partimos que las descargas de aquel se realizaban mediante tanqueros que transportaban 4.000 galones, resulta lógico establecer que si efectivamente el día 24 de septiembre del 2008, se llegó a depositar la cantidad de 8.000 galones en los tanques reservorios de la institución en análisis, conforme lo alegó el ahora procesado, la forma más lógica de extraer el volumen faltante de "diésel 2 industrial", hubiese sido utilizando tanqueros similares a los que dejaron el combustible; lo cual, en la especie hubiese requerido el empleo de por lo menos un automotor de los mentados; lo cual, no ha sido probado. En estricta coherencia con todos los mecanismos probatorios analizados, el Organismo concluye que el faltante de 5.340 galones; mismos que, a un precio de 0.82 centavos de dólar por cada galón, generaron un perjuicio económico de \$ 4.378,80 dólares al Hospital Vicente Corral Moscoso, no corresponde a determinada sustracción por parte de un tercero, ni tampoco es el resultado de hipotética falta de previsibilidad que finalmente desencadenó en una fuga; es decir, no estamos frente al principio de insignificancia de las conductas humanas que las vuelven atípicas, todo lo contrario, nos encontramos frente a un actuar ilícito que generó un detrimento en el peculio de una entidad pública, esto al haberse "abusado" del mentado hidrocarburo; en definitiva, de efectos que representaban la suma de dinero antes precisada; combustible que debía permanecer almacenado en los tanques cisterna respectivos; mismos que,

efectivamente existen conforme así lo estableció el perito Diego Paúl Romero Herrera; y, se encuentran localizados en el sector del cuarto de máquinas del Hospital Vicente Corral Moscoso, ubicado en la Av. Paseo Paraíso del cantón Cuenca, Provincia del Azuay; dirección que, en momento alguno fue contradicha. Para que los hechos antes determinados, pueden subsumirse en el delito de peculado, deben ser el resultado del accionar voluntad- de un sujeto activo calificado conforme lo exige el tipo penal principio de legalidad-; así, debemos verificar si el ciudadano sobre el cual recae imputación Fiscal, cumple con aquella exigencia; esta es ser "servidor de los organismos y entidades del sector público; y que, los efectos que representan dineros públicos, hayan estado en su poder en virtud o razón de su cargo"; al respecto, el Organismo considera: a) el ciudadano Guamán Zari conforme copia de la acción de personal N° 81-3077-DNPS, de fecha 05 de octubre de 1981, fue nombrado en calidad de Técnico de Mantenimiento 1, de la Jefatura Provincial de Salud del Azuay; y, en razón del mismo en fecha 24 de septiembre del 2008, laboró bajo aquella designación en la casa de máquinas del Hospital Vicente Corral Moscoso; esto, conforme lo establecieron los testigos Villolta Guachichullca, Andrade Gutiérrez, Nieto Tapia, Espinoza Garzón y Alvarado Córdova; así como, el prenombrado procesado al rendir testimonio; es decir, al no haber existido contradicción en este punto, se considera ello como irrefutable; más aún cuando el Tribunal tiene presente que conforme lo establecía inclusive la Constitución del año 1998 en su Art. 120, 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; amén de que, al momento debemos entender que son servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público; en la especie, si bien la persona procesada Guamán Zari, laboraba bajo un régimen laboral amparado por el Código de Trabajo, no escapa a la lógica que lo hacía para el sector público esto es para el Hospital Vicente Corral Moscoso; y, al así serlo es criterio jurídico de este Organismo que el mismo fue un servidor de una entidad del sector público; ergo, sujeto activo calificado del delito de peculado; b) los testigos Villolta Guachichullca, Andrade Gutiérrez, Illescas Chica, Guillen Farfán y Jarrín Córdova, fueron coincidentes en establecer que los técnicos de mantenimiento o calderistas de la casa de máquinas del Hospital Vicente Corral Moscoso, en su turno, eran responsables entre otros del hidrocarburo "diésel" que recibían; tanto más que, el propio procesado Guamán Zari, fue enfático en aseverar que el "diésel y todo" estaba a cargo de su persona mientras duraba la jornada laboral; es decir, no existe duda alguna entorno a que el diésel que se le había entregado; así como, el que debía haber recibido -8.000 galones- el día 24 de septiembre del 2008, estuvieron bajo su poder en virtud o razón de su cargo; ergo, las pretensiones de su patrocinio técnico destinadas a pretender vincular el buen manejo del hidrocarburo en análisis a otros empleados o funcionarios, son contrarias a los dichos de su propio patrocinado; y, al así serlo, no ameritan que se profundice en su análisis; pues, han sido ampliamente desvirtuadas. Por lo expuesto, el Organismo frente a la estricta realidad procesal constatada a lo largo de la diligencia de audiencia de juzgamiento, al existir los elementos probatorios antes detallados; y, al no verificarse menos advertirse motivaciones en los testigos y peritos- destinadas a pretender una falsa imputación en perjuicio de la persona procesada, se concluye de manera incontrastable que nos encontramos frente a la existencia de una infracción de peculado conforme lo prescribe el inciso primero del Art. 257 del Código Penal, la cual por sí sola lesionó el bien jurídico protegido por la normativa penal; y, sin que exista causa de justificación alguna que deba analizarse. (NEXO CAUSAL y RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA PROCESADA) El establecimiento de la responsabilidad del ciudadano GUAMÁN ZARI, encuentra sustento en: 1) la prueba testimonial y documental antes detallada permite establecer sin lugar a dudas que el día 24 de septiembre del 2008, el ahora procesado Guamán Zari, fue la persona que en su calidad de Técnico de Mantenimiento del Hospital Vicente Corral Moscoso, recibió la cantidad de 6.769 galones de "diésel 2 industrial" sin observación alguna; así como, en el mentado día a lo largo de su turno y por sus labores consumió 289 galones; mas, si bien el propio procesado refirió haber recibido 8.000 galones del hidrocarburo en mención, aquella cantidad en su totalidad no ingresó a los tanques de almacenamiento de la institución perjudicada, esto pese a que en la bitácora respectiva se hizo constar que el nivel de "diésel" correspondía a 14.840 galones; mas, lo que verdaderamente se constató luego de la revisión física fueron 8.800 galones, diferencia que finalmente produjo un perjuicio de \$ 4.378,80 dólares; el cual, no fue contradicho en su monto; empero lo anterior, defensa de la persona procesada viene esgrimiendo que el ciudadano Villolta Guachichullca recibió a las 05h00 de la mañana la cantidad de 14.840 galones conforme bitácora del día 25 de septiembre del 2008; mas, ello es contrario a lo inserto en el propio elemento documental no objetado-; pues, en el casillero asignado para la hora "5:00 a.m." lo que consta como anotación en el nivel 1 es la cifra 44; y, en el nivel 2 es la cifra 560; y, tan sólo luego de esas anotaciones, sin precisar hora alguna, se advierte en el casillero denominado nivel N° 1, se registra la cifra "8.800"; es decir, en momento alguno se puede verificar que el ciudadano Villolta Guachichullca, quien laboró en el turno siguiente al del ahora procesado, admita haber recibido una cantidad diferente a los 8.800 galones; amén de que, el prenombrado ciudadano fue enfático en precisar que a eso de las 16h00 se percató del faltante, esto por cuanto necesitaba reabastecer el tanque diario de combustible; lo que, fue comunicado al ciudadano Andrade Gutiérrez y al propio procesado; 2) de manera detallada se analizó las múltiples teorías del caso o alegaciones esgrimidas por la defensa de la persona procesada y ésta, con relación a lo que hipotéticamente pudo suceder con el combustible; mas, todas ellas fueron descartadas; es decir, no existió una válvula "check" averiada que haya permitido la fuga de combustible desde los tanques de almacenamiento; el hidrocarburo no fluyó por el sistema de alcantarillado del hospital Vicente Corral Moscoso, por cuanto el mismo estuvo colapsado; así como, tampoco se evidenció que éste se haya encharcado consecuencia de una fuga masiva de varios miles de galones; amén de que, no existieron reportes entorno a la salida de tanqueros en horas de la noche del día 24 de septiembre del 2008; consecuentemente, verificamos una franca imposibilidad de explicar la diferencia de combustible; y, si a ello sumamos el

testimonio del ciudadano Villolta Guachichullca, quien como única novedad reportó que el día 25 de septiembre del 2008, físicamente existían tan sólo 8.800 galones de combustible, pese a que de manera documental se registraban 14.840 galones, lógicamente concluimos en la participación del ahora procesado en el hecho doloso, más aún cuando en su intención de justificar determinada entrega-recepción de uno de los tanqueros que trasportaban 4.000 galones de combustible, el día 24 de septiembre del 2008, vinculó en esa tarea a los ciudadanos Nieto Tapia y Alvarado Sarmiento, quienes efectivamente estaban siendo capacitados en el mentado día en el área de casa de máquinas de la institución, conforme así lo hicieron saber al rendir sus testimonios; mas, precisaron que en momento alguno observaron el arribo de un tanquero con combustible por cuanto entre el lugar en el cual se capacitaban y el sitio en donde se descarga el hidrocarburo existen paredes; y que, no ayudaron al ciudadano Guamán Zari en las tareas de descargue del diésel, respectivamente; ergo, resulta necesario que el Organismo se pregunte sobre ¿cuándo es “necesaria” una inferencia indiciaria?, siendo la respuesta lógica, cuando varios indicios se relacionan con una sola causa, su concurso importa una prueba indiciaria necesaria, pues señala de tal forma, inevitablemente, al hecho delictivo, a su autor o a ambos. En este supuesto la prueba indiciaria es perfecta; al respecto, valorados racionalmente los varios mecanismos probatorios practicados, arribamos indiscutiblemente a una inferencia indiciaria que posee amplio sustento probatorio; la cual consiste en que, el día 24 de septiembre del año 2008, se abusó de efectos que representan dineros públicos diésel 2 industrial, los cuales se encontraban bajo el poder del procesado Guamán Zari en virtud o razón de su cargo de Técnico de Mantenimiento del Hospital Vicente Corral Moscoso; por tanto, aconteció un delito de peculado, el cual generó un perjuicio económico para la institución por la suma de \$ 4.378,80 dólares; y, en el que el procesado participó como autor; es decir, los hechos acontecidos y su intervención son incuestionables; amén de que, en la conducta típica y antijurídica del mismo no existe causa de inculpabilidad alguna que deba analizarse; por lo tanto, es penalmente responsable. (PRETENSIONES DE DEFENSA DE LA PERSONA PROCESADA) El Tribunal debe pronunciarse sobre los alegatos propuestos por éste sujeto procesal que hasta el momento no han sido analizados, esto en torno a que el día de los hechos, el ahora procesado no se encontró a cargo de ningún combustible; y que, ese día recibió una llamada a través de la cual se le informaba sobre un derrame; al respecto el Organismo considera: 1) efectivamente el día 25 de septiembre del 2008, el ciudadano Guamán Zari no se encontraba laborando como Técnico de Mantenimiento; mas, conforme se analizó supra, no existe probanza que permita establecer que en el turno del ciudadano Villolta Guachichullca, quien admitió plenamente haber laborado en el mentado día; y, haber efectuado su reporte a eso de las 16h00 horas, se haya generado la diferencia de galones de combustible, más aún cuando la única novedad que el testigo refirió estuvo vinculada al hecho de haberse verificado únicamente 8.800 galones, pese a que la respectiva bitácora se anotaba la cantidad de 14.840 galones; 2) el ciudadano Guamán Zari efectivamente recibió una llamada el día 25 de septiembre del 2008, por parte del ciudadano Villolta Guachichullca, hecho que no ha sido contradicho; mas, conforme la propia prueba presentada a su favor, se llegó a determinar que no existió un derrame acorde a las proporciones del combustible perdido; esto es, de 5.340 galones; esto por cuanto, no existió desfogue del mismo por el sistema de alcantarillado; y, no existió encharcamiento; es decir, aquel hipotético se descartó. En definitiva, el Organismo considera que los argumentos esgrimidos por la defensa de la persona procesada, únicamente han resultado una mera alegación que no han podido llegar a ser determinantes ni convincentes dentro de la resolución del presente caso. NOVENO (ATENUANTES): En la conducta de la persona procesada GUAMÁN ZARI, se verificaron atenuantes a su favor, mismas que consisten en: a) el culpable es mayor de sesenta años de edad, lo cual evidentemente fue demostrado con el testimonio rendido por el ciudadano Guamán Zari, quien refirió tener la edad de 64 años; b) ejemplar conducta observada por el culpado con posterioridad a la infracción, lo que, fue demostrado en razón de los certificados de honorabilidad presentados como prueba documental, mismos que no fueron objetados por los sujetos procesales adversos; y, c) conducta anterior del procesado que revela claramente no tratarse de un individuo peligroso; presupuesto que, fue demostrado con el certificado de antecedentes penales presentado; del cual, obviamente se advierte no poseer otras causas penales. DÉCIMO: El Organismo frente a la estricta realidad procesal constatada a lo largo de la diligencia de audiencia de juzgamiento, al existir suficientes elementos probatorios que permiten analizar que el hecho fáctico acontecido se adecúa en el tipo penal de “peculado”; y, teniendo el convencimiento de que la acción antijurídica delimitada supra, deviene de una situación humana activa con pleno conocimiento y control de sus actos, existiendo designio de causar daño a bienes jurídicos protegidos; lo cual, tiene que ser considerado como una conducta que amerita reproche penal; pues, en el actuar de la persona procesada Guamán Zari se advirtieron hechos predestinados a conseguir un fin; es decir, el conocimiento y la voluntad de la realización del tipo penal dolo-, esto es peculado; y, a más de que, actuando conforme a la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, los Estados Partes promoverán y fortalecerán las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción, el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Cuenca, provincia del Azuay, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LEYES DE LA REPÚBLICA, declara a: JORGE PATRICIO GUAMÁN ZARI, de nacionalidad ecuatoriana, portador de la cédula de ciudadanía N° 0101223360, de 64 años de edad, casado, abogado, domiciliado en la vía al Valle, sector Juan Loma, cantón Cuenca, provincia del Azuay, en calidad de autor, del delito tipificado y sancionado en el inciso primero del Art. 257 del Código Penal; y, al haberse evidenciado la concurrencia de circunstancias atenuantes conforme ya se precisó supra considerando NOVENO-, de conformidad con lo prescrito en el inciso cuarto del Art. 72 del C. Penal, se le impone la pena definitiva de CUATRO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA; pena que, la cumplirá en el Centro de Rehabilitación Social Regional Sierra Centro Sur Turi, debiéndose descontarse el tiempo que por esta causa hubiese estado detenido; de igual forma, al procesado GUAMAN ZARI se le impone la perpetua incapacidad para el

Fecha Actuaciones judiciales

desempeño de todo cargo o función pública, para este efecto se oficiara al Ministerio de Trabajo. Se dispone la interdicción civil de la procesada así como se suspenden sus derechos de ciudadanía por un tiempo igual al de la condena. De conformidad con lo establecido en el Art. 78 de la Constitución de la República del Ecuador en relación con el numeral 6 del Art. 622 del COIP, se condena al procesado GUAMÁN ZARI, a reparar integralmente al Hospital Vicente Corral Moscoso, por los daños y perjuicios ocasionados; por lo tanto, teniendo presente la cuantificación efectuada por la perito Alvarado Córdova, se fija en la suma de \$ 4.378,80 dólares de los Estados Unidos de Norte América, más los intereses de ley, como monto de indemnización por daños materiales e inmateriales que se deberán cancelar; empero lo anterior, esta decisión ya es parte de la reparación integral a las víctimas de la infracción por cuanto constituye el conocimiento de la verdad de los hechos; lo cual, es considerado como un derecho de las mismas. Al procesado GUAMÁN ZARI, se le condena al pago de costas procesales, mismas que de conformidad con lo prescrito en el numeral 1 del Art. 629 del COIP, serán liquidadas por quien corresponda. Ejecutoriada esta sentencia, el procesado GUAMÁN ZARI, preséntese en el plazo de 05 días para el cumplimiento de la misma; posteriormente, legalícese su detención y remítase copia certificada de la misma al Centro de privación de libertad respectivo; y, a la Oficina de Sorteos de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, a efectos de que radique la competencia en uno de los Jueces de la Unidad Judicial Especializada de Garantías Penitenciarias, con sede en el cantón Cuenca, provincia del Azuay, conforme lo prescrito en el Art. 667 del COIP; así como, para los fines contemplados en el Art. 230 del Código Orgánico de la Función Judicial. Ejecutoriada esta sentencia ofíciase al señor Juez de Coactivas para el cobro de las costas procesales impuestas en relación a lo prescrito en el numeral 1 del Art. 629 del COIP-. Las disposiciones legales se hallan contenidas en este fallo. NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

03/10/2019 ACTUARIALES**12:30:00**

PRESENTACION PERIODICA

01283-2016-04212

En Cuenca a 03 de octubre del dos mil diecinueve, las 12H30, comparece JORGE PATRICIO GUAMAN ZARI, portador de la cédula de ciudadanía No. 010122336-0, dando de esta manera cumplimiento a lo dispuesto, firmando para constancia con el secretario que certifica.-

02/10/2019 ACTUARIALES**16:38:00**

RAZÓN: Siento como tal que, el acta que antecede se ingresa dentro del trámite normal de causas del sistema SATJE, por cuanto dentro del sistema de agendamiento de audiencias se genera una acta mutilada en el texto.- CERTIFICO.

Cuenca, a 02 de Octubre de 2019

Dr. John Fernando Vega Parra,
SECRETARIO**02/10/2019 ACTA RESUMEN****16:36:00**

TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES DEL AZUAY

ACTA DE AUDIENCIA EN MATERIA PENAL

Identificación del Proceso:

Proceso No.: 01283-2016-04212

Lugar y Fecha de realización: Cuenca, a 30 de Septiembre de 2019

Hora: 08H30

Lugar y Fecha de reinstalación: Cuenca, a 01 de Octubre de 2019

Hora: 08H30

Lugar y Fecha de reinstalación: Cuenca, a 02 de Octubre de 2019

Hora: 15H30

Presunta Infracción: PECULADO

Juez (Integrantes del Tribunal - Sala): DR. CESAR PESANTEZ (JUEZ PONENTE); DRA. PATRICIA NOVILLO, DR. PEDRO ORDOÑEZ, JUECES INTEGRANTES DEL TRIBUNAL.

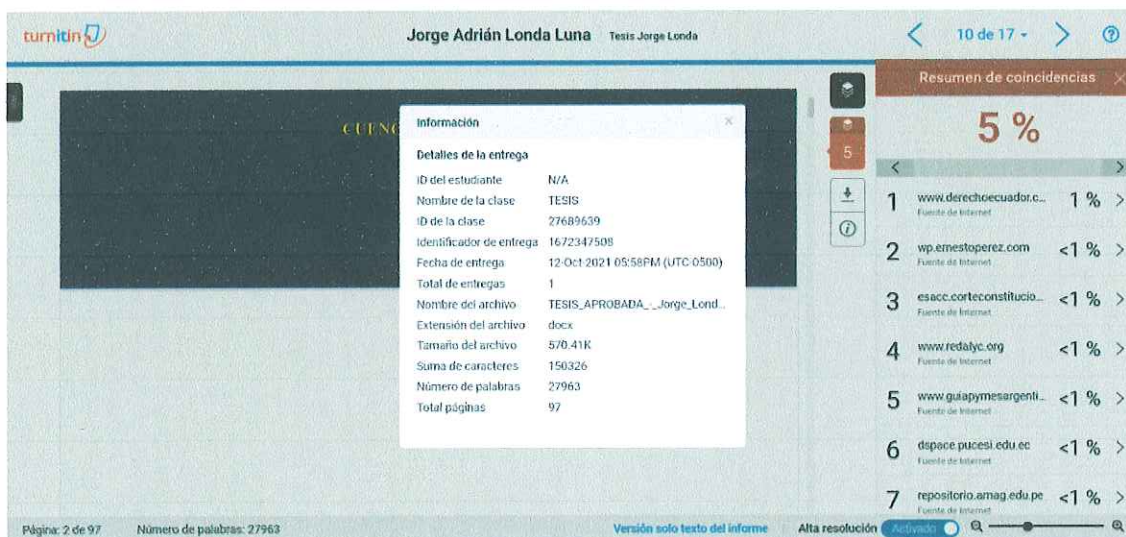
Desarrollo de la Audiencia:

Tipo de audiencia:

Cuenca, 15 de octubre de 2021

Que, de acuerdo al software de antiplagio Turnitin, identifica como resultado del trabajo de investigación titulado **“ANÁLISIS DEL DELITO DE PECULADO SEGÚN LA CONSTITUCIÓN Y EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, EN RELACIÓN AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PUNITIVA, EN LA FISCALÍA Y EN LOS TRIBUNALES DE GARANTÍAS PENALES DE LA PROVINCIA DEL AZUAY”** del estudiante **JORGE ADRIÁN LONDA LUNA** con número de cédula **0104753975**; un índice de similitud del 5%.

Es todo cuanto se puede informar.



turnitin Jorge Adrián Londa Luna Tesis Jorge Londa 10 de 17 -

Resumen de coincidencias

5 %

1 www.derechoecuator.c... 1 % >
Fuente de Internet

2 wp.ernestoperez.com <1 % >
Fuente de Internet

3 esacc.corteconstitucio... <1 % >
Fuente de Internet

4 www.redalyc.org <1 % >
Fuente de Internet

5 www.guiapymesargenti... <1 % >
Fuente de Internet

6 dspace.pucesi.edu.ec <1 % >
Fuente de Internet

7 repositorio.amag.edu.pe <1 % >
Fuente de Internet

Información

Detalles de la entrega

ID del estudiante N/A

Nombre de la clase TESIS

ID de la clase 27689639

Identificador de entrega 1672347508

Fecha de entrega 12-Oct-2021 05:58PM (UTC-0500)

Total de entregas 1

Nombre del archivo TESIS_APROBADA__Jorge_Lond...

Extensión del archivo docx

Tamaño del archivo 570.41K

Suma de caracteres 150326

Número de palabras 27963

Total páginas 97

Página: 2 de 97 Número de palabras: 27963 Versión solo texto del informe Alta resolución Activado

Atentamente

JUAN
FERNANDO
VALAREZO
CORDERO

Firmado digitalmente
por JUAN FERNANDO
VALAREZO CORDERO
Fecha: 2021.10.15
16:22:17 -05'00'

Dr. Juan Fernando Valarezo Cordero, Mgs.

CENTRO DE IDIOMAS

RESUMEN

En el Ecuador, el Art. 278 del Código Orgánico Integral Penal, establece el delito de Peculado, actos ilícitos realizados por malos servidores públicos, en la actualidad se ha convertido en práctica común, lo que ha generado un gran impacto social, en ciertos casos ha trascendido las fronteras, como se puede ver que varios son los presidentes y funcionarios de alto rango se han inmiscuido en estos ilícitos. Una de las características principales que se ha observado en el cometimiento de este ilícito es que ha sido cometido por funcionarios públicos que ejercen el poder estatal, y en menor número por funcionarios, ejecutivos que forman parte de las instituciones del Sistema Nacional Financiero, asimismo, la proporcionalidad de la pena no está establecida, ya que da lo mismo apropiarse, disponer o distraer de forma fraudulenta 1000 dólares como 100000, ya que el tipo penal sanciona de la misma manera en ambos casos, lo mismo sucede cuando se trata de los bienes, o efectos privados que los represente. En el desarrollo de este trabajo investigativo, se evidenciará las falencias de la pena por este tipo penal.

PALABRAS CLAVE: PECULADO, APROPIACIÓN, PROPORCIONALIDAD, FUNCIONARIO PUBLICO, PUNICIÓN



CENTRO DE IDIOMAS

ABSTRACT

In Ecuador, Art. 278 of the Organic Comprehensive Criminal Code establishes the crime of embezzlement, illicit acts committed by bad public servants, has now become common practice, which has resulted in a great social impact, in certain cases has transcended borders, as can be seen, that several presidents and high-ranking officials have been involved in these offenses. One of the main characteristics that have been observed in the commission of this crime is that it has been committed by public officials who exercise state power, and in smaller numbers by officials, executives who are part of the institutions of the National Financial System, also, the proportionality of the penalty is not established, since it is the same to appropriate, dispose or distract fraudulently 1000 dollars as 100000, since the criminal type punishes in the same way in both cases, the same happens when it comes to the goods or private effects that represent them. In the development of this research work, the shortcomings of the penalty for this type of crime will be evidenced.

KEYWORDS: EMBEZZLEMENT, APPROPRIATION, PROPORTIONALITY, PUBLIC OFFICIAL, PUNISHMENT



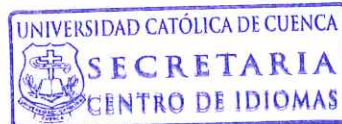
CENTRO DE IDIOMAS

Cuenca, 13 de octubre de 2021

EL CENTRO DE IDIOMAS DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA, CERTIFICA QUE EL DOCUMENTO QUE ANTECEDE FUE TRADUCIDO POR PERSONAL DEL CENTRO PARA LO CUAL DOY FE Y SUSCRIBO



Janneth Adriana Suquinagua Alvarado
SECRETARIA CENTRO DE IDIOMAS



Cuenca, 09 de noviembre de 2021.

Señor Doctor
Ernesto Robalino Peña, Msc.
**DECANO DE LA UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES DE LA
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA**
Su despacho.

De mis consideraciones:

JULIO CÉSAR INGA YANZA, docente de la carrera de Derecho de la Universidad Católica de Cuenca, en mi calidad de tutor del estudiante, **JORGE ADRIÁN LONDA LUNA**, con cédula de ciudadanía Nro. 0104753975, quien realizó su trabajo de titulación con el tema: **“ANÁLISIS DEL DELITO DE PECULADO SEGÚN LA CONSTITUCIÓN Y EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, EN RELACIÓN AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PUNITIVA, EN LA FISCALÍA Y EN LOS TRIBUNALES DE GARANTÍAS PENALES DE LA PROVINCIA DEL AZUAY”**. Debiendo informar que dicho trabajo ha sido realizado bajo los parámetros, disposiciones legales y reglamentarias correspondientes al área de Titulación de la Universidad Católica de Cuenca.

De acuerdo al Art. 10 literal c) del Reglamento de la Unidad de Titulación de Grado de la Universidad Católica de Cuenca, previo a la sustentación y defensa, el estudiante deberá presentar una solicitud para revisión final del trabajo de titulación, dentro de este proceso se le asignaron docentes revisores quienes proporcionaron el criterio de APROBADO al antes mencionado trabajo de investigación.

Por lo expuesto y dando cumplimiento al Reglamento asigno la CALIFICACIÓN de 40/40 (CUARENTA SOBRE CUARENTA) correspondiente a la parte escrita del Trabajo de Titulación; además de emitir mi criterio favorable para que se proceda a la sustentación y defensa del mismo.

Es todo cuanto puedo informar respecto a mis labores como tutor del mentado estudiante.

Atentamente:


Dr. Julio César Inga Yanza.
TUTOR.



Jorge Adrián Londa Luna portador (a) de la cédula de ciudadanía N° 0104753975. En calidad de autor/a y titular de los derechos patrimoniales del trabajo de titulación **“ANÁLISIS DEL DELITO DE PECULADO SEGÚN LA CONSTITUCIÓN Y EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL EN RELACIÓN AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PUNITIVA, EN LA FISCALÍA Y EN LOS TRIBUNALES DE GARANTÍAS PENALES DE LA PROVINCIA DEL AZUAY”** de conformidad a lo establecido en el artículo 114 Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, reconozco a favor de la Universidad Católica de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos y no comerciales. Autorizo además a la Universidad Católica de Cuenca, para que realice la publicación de éste trabajo de titulación en el Repositorio Institucional de conformidad a lo dispuesto en el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, 22 de **NOVIEMBRE** de 2021.

Jorge Adrián Londa Luna

C.I. 0104753975



EL SECRETARIO DE LA UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

INFORMA:

Que, **LONDA LUNA JORGE ADRIAN C.C. 0104753975**, de la carrera de **DERECHO** modalidad Distancia, presento su diseño de Trabajo de Titulación con el Título **“ANÁLISIS DEL DELITO DE PECULADO SEGÚN LA CONSTITUCIÓN Y EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, EN RELACIÓN AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PUNITIVA, EN LA FISCALÍA Y EN LOS TRIBUNALES DE GARANTÍAS PENALES DE LA PROVINCIA DEL AZUAY”**, el mismo que fue aprobado en Sesión de Consejo Directivo de fecha **09 de febrero de 2021**, previo a la obtención del Título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la República.

Es todo cuanto puedo informar en honor a la verdad remitiéndome, de ser necesario, a los archivos que reposan a mi cargo.

Cuenca, 23 de septiembre de 2021.

AB. XAVIER IÑIGUEZ VIVAR, MGS



Elaborado por:	Ing. Paola Campoverde, Mgs	
Revisado por:	Ab. Xavier Iñiguez Vivar, Mgs	
Autorizado por:	Ab. Xavier Iñiguez Vivar, Mgs	

www.ucacue.edu.ec



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

UNIDAD ACADÉMICA DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

DERECHO PENAL

TRABAJO DE TITULACIÓN O PROYECTO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA

AUTOR: JORGE ADRIÁN LONDA LUNA

DIRECTOR: JULIO CÉSAR INGA YANZA

CUENCA – ECUADOR

2021

*Yo me gradué en
los 50 años de La Cato!
... y sostuve la Universidad*



Tema: Derecho Penal

TÍTULO: Análisis del delito de peculado según la Constitución y el Código Orgánico Integral Penal, en relación al principio de proporcionalidad punitiva, en la Fiscalía y en los Tribunales de Garantías Penales de la provincia del Azuay.

Marco contextual

El Ecuador al ser un Estado constitucional de derechos y justicia, dentro de nuestra legislación se garantiza el derecho al debido proceso, mediante el estricto cumplimiento de ciertos principios y normas en los procesos judiciales; el objetivo es evitar la vulneración de los derechos de las personas procesadas, al igual que de los demás sujetos procesales, así mismo se establecen garantías básicas que deben prevalecer y ser el fundamento en nuestro ordenamiento positivo; siendo así que nuestra Constitución en su artículo 76, numeral 6 reza que: “la ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”. (Constitución de la República del Ecuador, 2008) además, en el art. 82 del mismo cuerpo normativo se establece que primará sobre todo la seguridad jurídica como garantía que el Estado da a los ciudadanos de que existirá el debido respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes. (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Para el tratadista Miguel Carbonell: “El principio de proporcionalidad se vuelve relevante si aceptamos que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado”. (Carbonell, 2008), es decir que en la misma forma, grado y gravedad en que se afecta los derechos de un bien jurídico protegido, debe restringirse los derechos de quien los causó, por lo tanto, deber existir proporcionalidad entre los derechos vulnerados y los derechos que van a ser limitados.

“Estos principios presuponen la ponderación de bienes jurídicos constitucionales y a su vez asume una forma de juicio de proporcionalidad de los medios, delimitando y concretizando los derechos constitucionales”. (Falconí, 2011).



El principio de proporcionalidad introduce categorías de la antijuridicidad y la culpabilidad, es decir para que exista responsabilidad en un acto antijurídico debe existir un daño efectivo a los bienes jurídicos protegidos, por lo tanto, la protección de los mismos justifica la restricción de otros derechos y libertades cuya protección ordena la Constitución.

Esto justifica que la pena o sanción que se establece en la ley para cada delito debe ser realizado de acuerdo al grado de lesividad producido en el bien jurídico protegido vulnerado, es decir que la gravedad de la pena debe resultar proporcional a la gravedad del delito.

Lo cual no sucede al sancionar el delito de peculado, ya que en nuestra legislación específicamente, en el artículo 278, del Código Orgánico Integral Penal establece que:

Las o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, en beneficio propio o de terceros; abusen, 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 diez a trece años. (COIP, 2014).

En este caso en el mencionado artículo en ninguna parte se especifica para establecer la sanción cuál debe ser el monto del daño causado al Estado, provocando un vacío legal, y una heterogeneidad de criterios a la hora de juzgar por parte de la autoridad competente, vulnerando así el principio de Proporcionalidad Punitiva.

El delito de peculado se configura cuando un servidor público en virtud de las funciones que desempeña, abusa de los fondos y bienes públicos; afectando gravemente los intereses del Estado, ya que por la afectación sufrida, fondos y bienes que pueden ser utilizados en áreas, como la educación, salud, vivienda, son destinados al incremento patrimonial de funcionarios públicos, mediante una serie de actos ilícitos; entre ellos los contratos que se realizan con sobrepuestos en beneficio personal o de una tercera persona, así como también el uso de



bienes públicos, entre otros actos ilícitos que se encuentran previstos en el referido artículo 278 del COIP.

Para el jurista Manuel Ossorio el delito de peculado “consiste en el hurto de caudales del erario público, hecho por aquel a quien está confiada su administración”. (Ossorio, 2015). De esta definición podemos destacar que el tratadista emplea el término hurto para calificar al tipo penal.

Por otro lado, Guillermo Cabanellas lo define como: “la sustracción, apropiación o aplicación indebida de los fondos públicos por aquel a quien está confiada su custodia o administración”. (Cabanellas, 2011). Por último, el penalista colombiano Francisco Ferreira define al delito de peculado como un “tipo legal, que en su forma de apropiación indebida contiene la figura básica rectora”. (Ferreira, 1982).

En general, la mayoría de doctrina define al delito de peculado como un delito propio, que radica en la apropiación indebida de recursos que pertenecen a la administración pública por parte de personas que se encargan de su control y custodia.

Como antecedente para justificar la problemática existente dentro de este tema es importante indicar datos relevantes de procesos que obtuvieron sentencia condenatoria, respecto al delito de peculado entre ellos está el caso de la exfuncionaria del IESS María Sol Larrea que, en el año 2019, fue sancionada por el delito de peculado a un año de pena privativa de la libertad como cómplice a pesar de que el monto de perjuicio al Estado era de más de cinco millones de dólares. (Pichincha Comunicaciones, 2019).

Por otro lado, en el mismo año la Corte Superior de Justicia del Pichincha sentenció a ocho años de pena privativa de la libertad a Indira Gorety, exdirectora financiera del Ministerio del Ambiente, en este caso el perjuicio producido al Estado fue de 7,3 millones de dólares. (El Comercio, 2019).

Por último en otro proceso, el Ministerio del Ambiente informó que dentro del juicio por peculado asignado con el N° 005-2013, el Tribunal Tercero de Garantías Penales de Pichincha dictó sentencia contra treinta personas que resultaron culpables, de los cuales a 23 procesados se les sentenció a ocho años



de reclusión como autores del delito de peculado, 7 procesados fueron sentenciados a 4 años de reclusión como cómplices; en este caso la defraudación al Estado fue de más de 7 millones de dólares. (Ministerio del Ambiente, 2017).

Como hemos podido evidenciar dentro de los tres procesos penales que obtuvieron sentencia condenatoria, en ninguno de ellos se especifica que debido al monto de perjuicio económico se estableció la pena privativa de la libertad, más bien solo se toma en cuenta el monto del perjuicio para configurar los elementos de convicción que posteriormente sirvieron de prueba para adecuar la conducta al tipo penal de peculado, lo cual demuestra que la aplicación de este artículo vulnera el principio constitucional de Proporcionalidad Punitiva, y de Seguridad Jurídica, por cuanto el Estado no garantiza la efectiva aplicación de principios constitucionales en el establecimiento del marco legal.

Por lo antes expuesto es necesario realizar un análisis crítico, jurídico y doctrinario del art. 278 del COIP, en relación al principio de Proporcionalidad Punitiva en la aplicación de la sentencia en la Fiscalía y en los Tribunales de Garantías Penales de la provincia del Azuay, para demostrar que las penas impuestas no guardan simetría entre la lesividad producida en el bien jurídico protegido y la sentencia aplicada con lo cual se justificará, que mientras más alto sea el monto de perjuicio al Estado, mayor debe ser la pena privativa de la libertad, ya que los fondos públicos con los que cuenta el Estado para cumplir con sus obligaciones, es dinero de cada uno de los ciudadanos que mediante los impuestos aportan para la creación de nuevas obras, entre ellas para que se invierta en la salud, educación, vivienda, etc., con lo cual el Estado pueda garantizar a sus habitantes el acceso a una educación de calidad, a hospitales debidamente equipados de infraestructura e insumos médicos, que hoy en día tanta falta nos hace a los ecuatorianos por el estado de emergencia sanitaria que al momento estamos atravesando; sin embargo en algunos casos ha servido para el incremento patrimonial de funcionarios públicos que se han beneficiado dolosamente por el puesto que ocupan dentro de las instituciones del Estado.



Formulación del problema

¿Cómo la no determinación de la cuantía en el establecimiento de la pena al tipificar el delito de peculado vulnera los principios constitucionales de Proporcionalidad Penal, Debido Proceso y Seguridad Jurídica?

Objeto de estudio

Delito de peculado.

Campo de acción

La aplicación del artículo 278 del COIP: “Peculado” vulnera los principios constitucionales de Proporcionalidad Punitiva, Debido Proceso y Seguridad Jurídica.

Línea de investigación de la carrera

Derecho Penal y Política Criminal.

OBJETIVOS

Objetivo general

Analizar la aplicación del artículo 278 del COIP, considerando el Debido Proceso y la Seguridad Jurídica en la aplicación de la sentencia en los Tribunales de Garantías Penales de la Provincia del Azuay; para establecer la posible vulneración de los principios constitucionales en la Proporcionalidad Punitiva.

Objetivos específicos

1. Conceptualizar jurídica y doctrinariamente la vulneración de los principios constitucionales de Proporcionalidad Punitiva, Debido Proceso y Seguridad Jurídica en relación al artículo 278 del COIP.
2. Analizar los procesos en la Fiscalía y las sentencias emitidas en los Tribunales de Garantías Penales de la Provincia del Azuay.
3. Determinar los resultados punitivos en las arcas del Estado mediante la materialización del delito de peculado; y el grado de afectación a la ciudadanía y la materialización del delito de peculado.
 - 3.1. Justificar mediante los resultados obtenidos que la vulneración del principio de Proporcionalidad Punitiva del artículo 278 del COIP,



favorece al sujeto que se le imputa dentro de los procesos penales por peculado.

Tipo de investigación

La investigación se realizará en base al método cualitativo, por cuanto el análisis se lo realizará en base a la ley, sentencias, jurisprudencia y doctrina, buscando identificar la problemática existente en la vulneración del principio de Proporcionalidad Punitiva en la redacción de la pena al tipificar el delito de peculado previsto en el artículo 278 del COIP.

“La investigación cualitativa emplea la recolección de datos sin medición numérica, esto con el propósito de descubrir o afinar preguntas de investigación durante el desarrollo de la interpretación”. (Arteaga, Portilla, & Zapata, 2014); esta es la razón por la que durante la investigación se intentará recopilar datos relevantes que hayan aportado diferentes tratadistas con respecto al tema; el motivo es exponer cuales han sido sus perspectivas, y a la vez compararlas con los principios constitucionales en base a la problemática de la vulneración del principio de Proporcionalidad Punitiva.

El autor Hernández Sampieri con respecto al enfoque cualitativo nos manifiesta lo siguiente:

La investigación cualitativa se guía por áreas o temas significativos de investigación, sin embargo, en lugar de que la claridad sobre la pregunta de investigación e hipótesis preceda a la recolección y análisis de los datos (como en la mayoría de los estudios cuantitativos), los estudios cualitativos pueden desarrollar preguntas e hipótesis antes, o después de la recolección y el análisis de los datos. Con frecuencia, estas actividades sirven, primero, para descubrir cuáles son las preguntas de investigación más importantes y después, para refinarlas y responderlas. (Sampieri, 2007).

Por otro lado, esta investigación también será descriptiva, ya que este método nos ayuda a puntualizar características del tema que vamos a estudiar de forma sistemática y ordenada, lo que nos ayudará a describir la problemática y demás temas relacionados en la falta de observancia del principio constitucional de Proporcionalidad Punitiva en el establecimiento de la sanción al tipificar el delito de peculado, y a su vez las consecuencias producidas, en la falta de probidad



del Estado al no garantizar la Seguridad Jurídica y el Debido Proceso en los Tribunales Penales de la provincia del Azuay al sancionar este delito.

Los estudios descriptivos permiten detallar situaciones y eventos, es decir cómo es y cómo se manifiesta determinado fenómeno y busca especificar propiedades importantes de personas, grupos, comunidades o cualquier otro fenómeno que sea sometido a análisis. (Sampieri, 2007).

Por último, esta investigación, también será explicativa, debido a que el objetivo de este proyecto es explicar desde el punto de vista jurídico y doctrinario la vulneración del principio constitucional de Proporcionalidad Punitiva en la configuración de la pena para el delito de peculado y su incidencia en el Debido Proceso y la Seguridad Jurídica.

El enfoque explicativo va más allá de la descripción de conceptos o fenómenos o del establecimiento de relaciones entre conceptos; están dirigidos a responder a las causas de los eventos físicos o sociales, se centra en explicar por qué ocurre un fenómeno y en qué condiciones se da este o por qué dos o más variables están relacionadas. (Sampieri, 2007).

El resultado de esta investigación mediante el análisis jurídico y doctrinario de sentencias procura demostrar en qué grado afecta al Debido Proceso y la Seguridad Jurídica la inobservancia, del principio de Proporcionalidad Punitiva en relación al grado de lesividad producida en el bien jurídico protegido, al constituir la pena para el delito de peculado establecido en el art. 278 del COIP, lo cual nos permitirá establecer lineamientos que permitan interpretar de mejor manera la falta de observancia de este principio constitucional, para fijar una tabla esquemática que contenga según el grado de afectación la sanción a aplicar dentro de los procesos penales.

Por lo antes expuesto queda claro que, para realizar una investigación de calidad, y que sirva de bibliografía para futuros proyectos investigativos, es necesario seguir una metodología organizada y planificada para lograr los objetivos propuestos dentro del proyecto.



MARCO TEÓRICO Y CONCEPTUAL

En el art. 278 del COIP referente al delito de peculado no existe una redacción que permita a los administradores de justicia tener con exactitud una norma que conceda la eficaz aplicación del principio de Proporcionalidad Punitiva, lo que generó que el Estado en este caso no pueda garantizar el Debido Proceso y la Seguridad Jurídica al sancionar este delito en los Tribunales de Garantías Penales de la provincia del Azuay.

Artículo 278.- Peculado.- Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, en beneficio propio o de terceros; abusen, 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 diez a trece años.

Si los sujetos descritos en el primer inciso utilizan, en beneficio propio o de terceras personas, trabajadores remunerados por el Estado o por las entidades del sector público o bienes del sector público, cuando esto signifique lucro o incremento patrimonial, serán sancionados con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

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, reservados o de circulación restringida, que estén o hayan estado en su conocimiento o bajo su dependencia en razón o con ocasión del cargo que ejercen o han ejercido.

Son responsables de peculado las o los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del Sistema Financiero Nacional o entidades de economía popular y solidaria que realicen actividades de intermediación financiera, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades, que con abuso de las funciones propias de su cargo dispongan fraudulentamente, se apropien o distraigan los fondos, bienes, dineros o efectos privados que los representen, causando directamente un perjuicio económico a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, fondos o dineros, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años.



Si los sujetos descritos en el inciso precedente causan la quiebra fraudulenta de entidades del Sistema Financiero Nacional, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años.

La persona que obtenga o conceda créditos vinculados, relacionados o intercompañías, violando expresas disposiciones legales respecto de esta clase de operaciones, en perjuicio de la Institución Financiera, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

La misma pena se aplicará a los beneficiarios que intervengan en el cometimiento de este ilícito y a la persona que preste su nombre para beneficio propio o de un tercero, aunque no posea las calidades previstas en el inciso anterior.

Las o los sentenciados por las conductas previstas en este artículo quedarán incapacitadas o incapacitados de por vida, para el desempeño de todo cargo público, todo cargo en entidad financiera o en entidades de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera. (COIP, 2014).

El objeto de estudio de esta investigación se centrará en el análisis crítico jurídico y doctrinario sobre la aplicación del art. 278 del COIP, en la Fiscalía y en los Tribunales de Garantías Penales de la provincia del Azuay en base a los principios constitucionales de Proporcionalidad Punitiva, Debido Proceso y Seguridad Jurídica.

Dentro de este marco es fundamental que para la aplicación estricta del artículo 278 referente al delito de peculado que se tome en cuenta como requisito fundamental el monto de perjuicio ocasionado al Estado al sancionar este delito, para de esta forma garantizar que se aplique de forma efectiva el principio de Proporcionalidad Punitiva, con lo cual se garantiza el Debido Proceso y la Seguridad Jurídica y sobre todo que se respeten los derechos del sujeto pasivo dentro del proceso, que en este caso seríamos todos los ecuatorianos representados a través del Estado, ya que el “producto del mismo trae consigo dos consecuencias negativas, por un lado la pérdida de dinero de la administración pública y por otro la pérdida de confianza en el sistema estatal”. (Hidalgo, 2010).

En referencia a lo que se establece en la legislación de nuestro vecino país, Colombia, se puede confirmar que se da un trato diferente al delito de peculado, en torno a la sanción ya que en el art. 397 del Código Penal colombiano se establece que el servidor público que se apropie en provecho suyo o de un



tercero de bienes y fondos del Estado, incurrirá en prisión de 6 años a quince años, pero si lo apropiado supera un valor de 200 salarios mínimos legales mensuales la pena se aumentará hasta la mitad; en el caso de que lo apropiado no supere un valor de 50 salarios mínimos legales la pena será de 4 a diez años. (Ramírez, 2018), lo que evidencia que en el vecino país no se vulnera el principio de proporcionalidad punitiva, ya que mientras más alto es el perjuicio al Estado más alta es la sanción.

“La aplicación del principio de proporcionalidad consiste en la materialización de normas con estructura de principios que contiene derechos fundamentales en colisión; en sí es la aplicación de principios procesales constitucionalizados propios de los Estados constitucionales de derechos”. (Román, 2012), razón por la cual el objeto del principio de proporcionalidad es limitar la injerencia del Estado en la afectación de los derechos fundamentales de los ciudadanos, lo que quiere decir que hay que aplicar un examen de proporcionalidad mediante el cual se evalúe la constitucionalidad de una medida restrictiva de derechos fundamentales, que se fundamente en el marco de una relación medio-fin que debe ser legítima, idónea y práctica para obtener los objetivos constitucionales.

Por lo tanto, el principio de Proporcionalidad Punitiva garantiza que no se vulneren los derechos de las personas, al establecer preceptos constitucionales que garanticen la simetría punitiva entre la pena y el acto cometido, pero también es una garantía de que la pena será establecida de acuerdo al grado de lesividad producido en el bien jurídico protegido.

Para el Dr. Sebastián López Hidalgo el principio de proporcionalidad:

Es un concepto e instrumento jurídico que aparece cada vez con mayor frecuencia en la motivación de las decisiones de las cortes o tribunales contemporáneos como canon para controlar la actividad legislativa que riñe con el contenido de los derechos fundamentales. (Hidalgo, 2017).

En relación al Debido Proceso podemos enunciar lo que se establece en la Constitución, donde reza que para asegurar el Debido Proceso se deben observar garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o jurisprudencia.



(Constitución de la República del Ecuador, 2008), es decir que el debido proceso es:

El más perfecto y sofisticado instrumento para la resolución de disputas o conflictos de relevancia jurídica; pues los procesos tienen reglas que permiten llegar a una resolución justa, frente a esta teoría debemos enunciar que el respetar el debido proceso es trascendencia en el desarrollo de todo proceso penal, ya que ello permite garantizar la seguridad jurídica a cada uno de los sujetos procesales y de manera general a la sociedad quien se encarga de vigilar la actuación de todos los operadores de justicia. (García, 2005).

Lo cual justifica que dentro de un proceso se debe cumplir con estrictas reglas y principios para garantizar que no sean vulnerados los derechos tanto de la persona procesada como de los demás sujetos procesales; así mismo mediante un proceso justo se debe establecer sanciones que justifiquen la gravedad de los actos cometidos, con lo que se garantizará la Seguridad Jurídica del sistema judicial de nuestro país.

Por lo tanto, para justificar cuál va ser nuestro aporte investigativo, respecto a la vulneración del principio de Proporcionalidad Punitiva en relación al grado de lesividad producido en el bien jurídico protegido al establecer la pena en la tipificación del delito de peculado, vamos analizar tres proyectos investigativos en base a este tema para identificar posibles directrices que no hayan sido analizadas, para de esta forma justificar en qué se va centrar este proyecto investigativo.

En el trabajo de titulación de la Universidad Central del Ecuador: “LA DETERMINACIÓN LEGISLATIVA DE LA PENA DEL DELITO DE PECULADO FRENTE AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD PENAL” del señor Sierra Andrade Byron Mauricio. (Andrade, 2015), luego de haber aplicado el método cualitativo, histórico y descriptivo para revisar los antecedentes y orígenes de las causas de la problemática existente en la aplicación de las penas privativas de la libertad establecidas en el Código Orgánico Integral Penal previstas para el delito de peculado sostiene que al momento de imponer esta sanción se omitió el principio constitucional contenido en el artículo 76 numeral 6 que establece que debe existir la debida proporcionalidad entre la infracción cometida y las



sanciones penales, por cuanto la norma no difiere el monto económico producto del peculado para determinar la pena privativa de la libertad.

Su aporte investigativo después del análisis realizado fue que en la actualidad el legislador no cuenta con un mecanismo técnico que permita la determinación de las penas para los delitos de una forma proporcional además, advierte que el tipo penal del peculado es un instituto muy complejo y que tiene muchas conceptualizaciones debido a que varios autores han estudiado y analizado esta actuación ilícita, por lo que recomienda que se realice un estudio de este instituto jurídico en base a los principios constitucionales que garantice la seguridad jurídica en nuestro país.

Por otro lado, en el trabajo de titulación de la Universidad Regional Autónoma de los Andes: “LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL EN EL DELITO DE PECULADO” de la señorita Zúñiga Mendoza Martha Fabiola. (Zúñiga, 2018), luego de aplicar el método histórico, cualitativo y descriptivo para la revisión de los antecedentes y orígenes de la problemática existente sobre la aplicación de la pena privativa de la libertad en el Código Orgánico Integral Penal para el delito de peculado, sostiene que el legislador en este caso debió establecer penas que guarden relación entre el grado de lesividad que se produce en el bien jurídico tutelado, y la pena privativa de la libertad impuesta, por cuanto el legislador a la hora de tipificar el delito de peculado en el COIP inobservó el monto de perjuicio producido al Estado en la determinación de la pena.

El aporte de su tema de investigación fue el establecimiento de características doctrinales en base al estudio de diversos temas que tratan sobre este delito; recopilación de fundamentos teóricos sobre la aplicación del principio de Proporcionalidad Penal; y por último realizó estudios sobre los fundamentos jurídicos en base a la problemática que obtuvo mediante la investigación para defender la tesis de inconstitucionalidad del inciso primero del art. 278 del COIP.

Por último, en el trabajo de titulación de la Universidad Regional Autónoma de los Andes: “EL DELITO DE PECULADO, EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA SEGURIDAD JURÍDICA” del señor Silva Flores Christian Andrés. (Silva, 2018), luego de haber aplicado el método histórico,



cuantitativo y descriptivo para la revisión de los antecedentes y orígenes de las causas existentes en la aplicación de la pena para el delito de peculado vulnerando el principio de Proporcionalidad Penal y la Seguridad Jurídica, sostiene que en base al estudio de la realidad jurídica que vive nuestro país en la actualidad, es necesario tipificar adecuadamente el delito de peculado, para garantizar el principio de Proporcionalidad y Seguridad Jurídica, ya que al no tomar en consideración y no existir una gradualidad respecto a los montos económicos, queda al arbitrio del tribunal imponer una sanción privativa de la libertad que puede ser de diez a trece años al funcionario público que infrinja las leyes al cometer este tipo de delito.

Llegó a la conclusión de que para acabar con la desproporcionalidad existente en el art. 278 del COIP, el legislativo debe establecer una escala o tabla esquemática que presente de forma clara cuáles son las penas establecidas tomando en cuenta las atenuantes, agravantes y la suma de dinero o bienes que son objeto del juicio de peculado, esto lo justificó en base a que las normas penales deben representar un sistema vital para el desarrollo armónico de toda sociedad y si existen anomalías jurídicas que perjudiquen socialmente a los ciudadanos la obligación de la academia debe ser determinarlos mediante estudios y en base a la experticia lanzar propuestas de solución viables.

En líneas anteriores se explica que ya han existido algunos estudios sobre la problemática existente en la interpretación del principio de Proporcionalidad Penal con respecto a la sanción punitiva establecida en el COIP sobre el delito de peculado; pero todos aquellos estudios se enfocan en la vulneración del principio de Proporcionalidad Penal, pero no realizan un análisis tomando en cuenta la vulneración de los derechos del Estado como sujeto pasivo dentro del proceso penal, en el momento que se sanciona este delito.

Razón por la cual mi tema de investigación se centrará en el análisis crítico jurídico de sentencias e informes, en la Fiscalía y en los Tribunales de Garantías Penales de la provincia del Azuay, en los años 2018-2019, sobre el delito de peculado para demostrar que la sanción establecida, en dichos procesos en relación con el Código Orgánico Integral Penal no es acorde con el principio de Proporcionalidad Punitiva establecido en el art. 76 numeral 6 de nuestra Constitución, así mismo se identificará de qué manera la vulneración de este



principio afecta al Debido Proceso y a la Seguridad Jurídica en nuestra legislación.

Hipótesis

Al no determinar el monto económico del perjuicio producido al Estado al establecer la pena en la tipificación del delito de peculado en el art. 278 del COIP vulnera los principios constitucionales de Proporcionalidad Punitiva, Debido Proceso y Seguridad Jurídica en nuestro país.

Métodos a utilizarse en la investigación

El método a utilizarse en este proyecto de investigación es el método cualitativo, que tiene como base la recopilación de información sobre un tema específico, para luego proceder a su interpretación; utiliza el método inductivo-deductivo con su uso y su técnica mediante la revisión bibliográfica; se enfoca en la base de datos científicos, documentos y revistas que se encuentren disponibles.

“El método deductivo es una estrategia de razonamiento que se emplea para deducir conclusiones a partir de los hechos observados en la ley general; y el método inductivo formula leyes a partir de los hechos observados”. (Raffino, 2020).

Por otro lado, también se utilizará el método analítico en esta investigación, ya que es un modelo de estudio científico que se basa en la experimentación directa y lógica empírica, por cuanto emplea herramientas que revelan relaciones esenciales y características fundamentales del objeto de estudio, permite aprender de los aciertos experimentales como de los errores. (Raffino, 2019).

Población y muestra

No aplica, ya que no se determinará la población y la muestra, por cuanto es un trabajo de investigación basado en el enfoque cualitativo, razón por la cual no es posible desprender una investigación a un grupo sectorial o poblacional; es decir que esta investigación está encaminada a la obtención de resultados en base a la teoría fundamental sobre el tema, materia de estudio.



Cronograma de tareas

Actividades calendario	Mes 1	Mes 2	Mes 3	Mes 4	Mes 5	Mes 6
Revisión y selección de información bibliográfica de las teorías y conceptos.						
Determinación del tema de investigación.						
Formulación del problema.						
Determinación del objeto de estudio y el campo de acción.						
Formulación de los objetos generales y específicos.						
Elaboración de los fundamentos teóricos.						
Elaboración y validación de los instrumentos de recolección de información.						
Elaboración del informe de diagnóstico de la investigación.						
Conclusiones y Bibliografía.						
Elaboración del informe final de la investigación.						
Presentación del informe en la secretaria de la Unidad Académica.						
Sustentación ante el tribunal.						



e grado.						
----------	--	--	--	--	--	--

Bibliografía

Andrade, B. (2015). *La determinación legislativa de la pena del delito de peculado frente al principio de proporcionalidad penal*. Quito: Repositorio de la Universidad Central del Ecuador.

Arteaga, I., Portilla, M., & Zapata, A. (2014). Investigación Cualitativa: una reflexión desde la educación como hecho social. *Universitaria*, 91.

Cabanellas, G. (2011). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta.

Carbonell, M. (2008). El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. *Scielo*, 10.

COIP. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Registro Oficial 180 de 10-febrero-2014.

Constitución de la República del Ecuador. (20 de Octubre de 2008). Registro Oficial N° 449. Montecristi, Manabí, Ecuador: Asamblea Nacional Constituyente.

El Comercio. (26 de Junio de 2019). *8 años de cárcel para exfuncionarios del Ministerio del Ambiente que desviaron USD 7,3 millones: El Comercio*. Obtenido de El Comercio:
<http://www.elcomercio.com/actualidad/sentencia-exfuncionarios-ambiente-desfalco-peculado.html>

El Universo. (4 de Agosto de 2018). El delito de peculado que consta en el Código Orgánico Integral Penal, en el artículo 278, se efectúa porque una persona abusa de la relación de su trabajo para sacar provecho. *Qué significa el delito de peculado y por qué afecta a los ciudadanos*, págs. 3-8.



- Falconí, J. (04 de Agosto de 2011). *Derecho Ecuador*. Obtenido de DerechoEcuador.com: <https://www.derechoecuador.com/la-proporcionalidad-o-dosimetria-de-las-penas>
- Ferreira, F. (1982). *Delitos contra la administración pública*. Bogotá: Editorial Temis Librería.
- García, J. (24 de Noviembre de 2005). *Qué es el debido proceso: Derecho Ecuador*. Obtenido de Derecho Ecuador: <https://www.derechoecuador.com/que-es-el-debido-proceso>
- Hidalgo, S. (18 de Noviembre de 2010). *El delito de peculado: Derecho Ecuador*. Obtenido de Derecho Ecuador: <https://www.derechoecuador.com/el-delito-de-peculado>
- Hidalgo, S. (2017). El Principio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad: una aproximación al caso ecuatoriano. *Universidad de Deusto*, 33.
- Ministerio del Ambiente. (25 de Mayo de 2017). *Tribunal sentencia a 30 implicados en peculado contra el Ministerio del Ambiente: Ministerio del Ambiente*. Obtenido de Ministerio del Ambiente: <https://www.ambiente.gob.ec/tribunal-sentencia-a-30-implicados-en-peculado-contra-el-ministerio-del-ambiente/>
- Ossorio, M. (2015). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. Guatemala: Datascan, S.A.
- Pichincha Comunicaciones. (08 de Septiembre de 2019). *María Sol Larrea condenada a un año de cárcel por complicidad en delito de peculado Pichincha Comunicaciones*. Obtenido de Pichincha Comunicaciones: <http://www.pichinchacomunicaciones.com.ec/maria-sol-larrea-condenada-a-un-año-de-cárcel-por-complicidad-en-delito-de-peculado/>
- Raffino, E. (11 de 12 de 2019). *Método Analítico: Conceptos*. Obtenido de Conceptos: <https://concepto.de/método-analítico/>



Raffino, E. (23 de 01 de 2020). *Método Cualitativo: Conceptos*. Obtenido de Conceptos: <https://concepto.de/método-cualitativo/>

Ramírez, A. (22 de 02 de 2018). *Delitos contra la administración pública: En Colombia*. Obtenido de En Colombia: <https://encolombia.com/derecho/códigos/penal-colombiano/administración-pública/>

Román, E. (08 de Agosto de 2012). *Aplicación del principio de proporcionalidad: Derecho Ecuador*. Obtenido de Derecho Ecuador: <https://www.derechoecuador.com/aplicación-del-principio-de-proporcionalidad>

Sampieri, H. (2007). *Fundamentos de Metodología de la Investigación*. España: McGraw-Hill Interamericana de España S.L.

Silva, A. (2018). *El delito de peculado, el principio de proporcionalidad y la seguridad jurídica*. Ambato: Repositorio de la Universidad Regional Autónoma de los Andes.

Suárez, M., & Yesid, W. (2012). Principio de proporcionalidad sistémico. *IUSTITA*, 227.

Zúñiga, M. (2018). *La proporcionalidad de la pena en el Código Orgánico Integral Penal en el delito de peculado*. Babahoyo: Repositorio de la Universidad Regional Autónoma de los Andes.



**FIRMAS DEL TUTOR Y DEL RESPONSABLE DE LA INVESTIGACIÓN QUE
APRUEBA EL DISEÑO DEL ANTEPROYECTO**

Cuenca, 27 de enero del 2021

Jorge Adrián Londa Luna
Investigador

Dr. Julio César Inga Yanza Mgs.

Tutor

Dr. Fausto Barrera Bravo Mgs.

Responsable de Investigación

Dr. Carlos Fajardo Romero Mgs.
**Responsable Unidad de Titulación
Carrera de Derecho- Distancia**

Aprobado en sesión del H. Consejo Directivo fecha: _____