

María Liliana Urgilés-Amoroso; Silvio José Castellanos-Herrera

<http://dx.doi.org/10.35381/r.k.v7i1.1875>

Incidencia del principio de lesividad en juzgamiento del peculado como delito contra la Administración Pública

Impact of the principle of the principle of lesivity in the prosecution of embezzlement as a crime against Public Administration

María Liliana Urgilés-Amoroso
mlurgilesa@ucacue.edu.ec
Universidad Católica de Cuenca, Cuenca, Cuenca
Ecuador
<https://orcid.org/0000-0001-6695-0111>

Silvio José Castellanos-Herrera
silvio.castellanos@ucacue.edu.ec
Universidad Católica de Cuenca, Azogues, Cañar
Ecuador
<https://orcid.org/0000-0001-6633-6998>

Recibido: 01 de marzo 2022
Revisado: 10 de abril 2022
Aprobado: 15 de junio 2022
Publicado: 01 de julio 2022

María Liliana Urgilés-Amoroso; Silvio José Castellanos-Herrera

RESUMEN

El estudio tiene por objetivo analizar la incidencia del principio de lesividad en el peculado como delito contra la Administración Pública en un grupo de países latinoamericanos. Se utilizó la metodología de derecho comparado y la técnica estadística que nos permitió recolectar información. Los resultados ponen en evidencia que el delito de peculado es contemplado en las legislaciones de los países de América de Sur, sin embargo, no es uniforme su penalidad dando lugar al incremento de los índices de corrupción que trae como consecuencia la afectación al Estado y a la confianza de sus habitantes pues ven lesionados sus intereses al ver deteriorado el tesoro nacional. Si este delito doloso que atenta contra la Administración Pública no es sancionado por el Estado con la rigurosidad que debería, esto conlleva a una promoción de la corrupción y a dejar abierta la posibilidad de seguir delinquirando.

Descriptor: Administración de justicia; administración pública; derecho administrativo. (Tesoro UNESCO).

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the incidence of the principle of lese majeste in embezzlement as a crime against the Public Administration in a group of Latin American countries. We used the comparative law methodology and the statistical technique that allowed us to collect information. The results show that the crime of embezzlement is contemplated in the legislations of the countries of South America, however, its penalties are not uniform, leading to an increase in the corruption indexes, which results in the affectation of the State and the confidence of its inhabitants, who see their interests harmed by the deterioration of the national treasury. If this fraudulent crime against the Public Administration is not sanctioned by the State as rigorously as it should be, this leads to a promotion of corruption and leaves open the possibility of continuing to commit crimes.

Descriptors: Administration of justice; public administration; administrative law. (UNESCO Thesaurus).

María Liliana Urgilés-Amoroso; Silvio José Castellanos-Herrera

INTRODUCCIÓN

La presente investigación está encaminada al análisis de la incidencia del principio de lesividad en los delitos de peculado. El principio de lesividad ha permitido que los sistemas punitivos apliquen sanciones siempre y cuando exista un daño real a una víctima, bien sea individual o colectiva. Este principio está destinado a la búsqueda del bien común y a la vez a constituirse como garantía jurídica de protección para los miembros de una sociedad, siendo imprescindible su correcta aplicación por parte de los servidores judiciales. Para analizar esta problemática es necesario mencionar que la falta de aplicación de este principio provoca que los excesos del sistema punitivo sean evidentes vulnerando por ende derechos constitucionales que protegen a la colectividad.

Problemática de la investigación

La sociedad, entre otras cosas, muchas veces se ha visto preocupada por las situaciones que giran en torno a la administración de justicia. Esto porque la injusticia como afectación es motivo de alarma social y en particular, cuando los ciudadanos aprecian que, en ocasiones los casos de enjuiciamiento penal terminan en dictámenes que menoscaban la confianza en el aparato judicial. Un fallo para que no cause inconformidad en el seno de la comunidad, debe ser el resultado de un estudio total de las circunstancias generadas.

De todos los detalles que pueden estar ocultos y que el juzgador con la aplicación de su talento jurídico, los saque a la superficie, los interprete en toda su dimensión, para que la sentencia aparezca como el compendio de la sabiduría judicial, resultado final de un estudio profundo, en donde no quede ningún resquicio de duda y se configure, a la final, la convicción de que lo resuelto se halla conforme con todos los principios jurídicos penales aplicables al caso. De lo contrario cundirá la alarma por el temor ocasionado al saber que la justicia impartida no estuvo cimentada en un verdadero análisis profundo,

María Liliana Urgilés-Amoroso; Silvio José Castellanos-Herrera

ni en una verdadera reflexión jurídica y que consecuentemente, se causó un daño al condenado, al recibir una pena que en verdad no mereció o que resulto excesiva para el hecho protagonizado.

En materia penal se han producido casos en los que, por falta de profundidad de análisis, los juzgadores han resuelto lesionando principios de protección constitucional. Una de esas omisiones que provocan daño y que vamos a definir, es la que se relaciona con la inobservancia del Principio de Lesividad en los juicios de peculado como delito contra la Administración Pública. Este tema tiene suprema importancia por el rol que desempeña al momento de justipreciar las circunstancias que se dieron y que influenciaron para que el agente incurriera en un acto que a simple vista pudo ser conjeturado de abiertamente dañoso para los intereses de una institución del Estado pero que, a la final, sometida a un estudio depurado se verifica que el juzgador no fue diligente en la apreciación probatoria de los principios procesales, doctrinarios y jurisprudenciales.

Es preciso señalar que el daño no siempre será de orden económico, pues una de las consecuencias más nefastas es la afectación a la confianza pública; el sujeto pasivo de esta clase de delito que atenta contra la Administración Pública es la persona sobre la cual recae la ejecución del delito. En el caso del peculado la víctima del delito somos todos los ecuatorianos representados por el Estado, pues producto de este se identifican dos consecuencias negativas como es la pérdida de dinero para la Administración Pública, y la pérdida de confianza en el sistema estatal y su accionar a través de los funcionarios.

El Principio de Lesividad emerge en la antigüedad gracias a las ideas de célebres pensadores que ya se dieron cuenta que era menester, para aplicar el sistema punitivo, observar el daño provocado a terceros. Esto se traduce en que, para penar, primero era preciso determinar si se había causado una lesión al bien jurídico, y desde antaño se concibió como premisa jurídica que, sin daño al bien jurídico no podía existir sanción.

María Liliana Urgilés-Amoroso; Silvio José Castellanos-Herrera

Los tiempos han cambiado y esas ideas jurídicas se han ido perfeccionando hasta concluir en que al delito se le debía considerar tomando en cuenta su naturaleza y no con un derecho sino con un bien jurídico, porque lo que a la final resultaba disminuido o afectado era el bien y no el derecho. Así surge la noción de bien susceptible de tutela jurídica en materia penal, todo esto en confrontación con los postulados de la corriente de la ilustración, para la cual los justificativos de la punición estatal se encontraba en el daño causado a la sociedad y en el atropello de los derechos subjetivos.

El Principio de Lesividad otorga una protección donde emerge un delito en circunstancias en la que, los actos de una persona perjudican los derechos de otra y que solo cuando se lesiona un bien jurídico aparece este principio. Al no observar este Principio de Lesividad de tanta trascendencia, es obvio que se vulneran determinados derechos de las personas, como es el caso del derecho a la seguridad jurídica, a la libertad, a la presunción de inocencia, al debido proceso, a la tutela efectiva que debe prestar el Estado, pues si mediante un juzgamiento en el que no se ha observado en toda su plenitud el efecto de la lesividad y se dicta una sentencia condenatoria, es indudable que se atropellan y vulneran derechos constitucionales y se pone a una persona en el duro trance de soportar una sanción que, como ya dijimos, es inmerecida porque la lesión al bien jurídico nunca existió o también porque se incurrió en una decisión desproporcionada que no se compagina con la realidad del acto sancionado.

Justifica la presente investigación, la toma de conciencia sobre la importancia de proteger los bienes jurídicos tanto del Estado como de la sociedad civil en general, observando apego irrestricto al Principio de Lesividad, tanto en los procesos civiles como penales, para generar la seguridad de que de lesividad fue verificada en los fallos antes de infligir una pena, con el pleno estudio de todas las circunstancias que intervinieron en la producción del acto punible protagonizado por el infractor. Si no se hace de esta manera se habrá atentado contra el anhelo de todo ciudadano de tener

María Liliana Urgilés-Amoroso; Silvio José Castellanos-Herrera

una justicia verdadera que contemple en forma indiscutible, a la hora de su aplicación, la lesión de un bien jurídico tutelado por la Constitución y las leyes.

Entonces las reflexiones jurídicas planteadas en este trabajo, apuntan a la imperiosa necesidad de que los operadores de justicia sean más expeditos en el examen de las circunstancias anteriores y posteriores al hecho que se juzga y que determinen con anhelada certeza la dimensión y efecto de los hechos dañosos inculcados, para que brille la justicia; pues si existe flexibilidad al momento de su juzgamiento, podría traer como consecuencia la promoción de la corrupción y la posibilidad abierta de seguir delinquiendo.

Objetivo general y objetivos específicos

Como objetivo general nos hemos planteado, analizar los vacíos o disparidades del derecho internacional en cuanto a la tipificación del delito de peculado y a la aplicación del principio de lesividad, para constatar las posibles consecuencias en cuanto a la promoción de la corrupción se refiere; y como objetivos específicos, los siguientes:

1. Estudiar los elementos legales y doctrinarios relacionados con el delito de peculado en el contexto jurídico ecuatoriano e internacional.
2. Demostrar a través de la presente investigación que no existe una aplicación uniforme de la penalidad del delito de peculado en los países de América de Sur.

Referencial teórico

La investigación previa a la realización de este artículo demostró la necesidad de un análisis mucho más profundo de la relación entre el Principio de Lesividad y el delito de peculado en el marco legal-jurídico ecuatoriano. La mayoría de los trabajos encontrados son más bien tesis de maestría realizados en diferentes universidades del país, muchos de ellos con ya más de una década de antigüedad.

María Liliana Urgilés-Amoroso; Silvio José Castellanos-Herrera

Los estudios jurídicos de peculado han tenido diversos enfoques desde hace varios años y la mayoría coincide en la necesidad de llevar los enjuiciamientos de manera que no queden impunes los delincuentes (Morales, 2020). De la misma manera, cabe mencionar también que existen otros estudios que más bien analizan las consecuencias y los daños provocados por juicios que no fueron encausados de manera que los infractores obtuvieran sentencias justas, y muestran que de no lograrse sentencias adecuadas en base a principios como el de lesividad, podría llegarse a un Estado fallido (Zapata et al. 2020).

Dentro de las investigaciones realizadas sobre el principio de lesividad y el delito de peculado, ha sido posible revisar algunos artículos académicos y trabajos escritos. Solamente uno de los estudios se aproximó al tema de análisis de este documento, en el que se realizó un estudio de caso, concluyendo que la tipificación del peculado todavía se puede prestar a interpretaciones y que no siempre toma en cuenta el Principio de Lesividad (Vega, 2020).

En otros artículos también se ha citado que no existe una correcta interpretación del peculado que se encuentra en el Código Orgánico Integral Penal, donde se sancionan justamente los perjuicios contra la administración pública por parte de un funcionario (Arteño-Ramos, 2017). En otros estudios, fue posible detectar la existencia de discusiones sobre la relevancia de juicios de peculado respecto a la calidad del sujeto activo y el bien jurídico que se protege, además de otros elementos como la condenación del privado pese a no cumplir con los requisitos para ser juzgado (Cevallos-Vallejo & Espín, 2021).

En otras investigaciones jurídicas se hace referencia también a la discusión sobre los bienes jurídicos. En las mismas se considera por ejemplo que la forma en la que se legisla, muchas veces es en favor del poder hegemónico dominante, afecta la aplicación de principios como el de lesividad (Leyva-Estupiñán & Lugo-Arteaga, 2015). En resumen, si bien las investigaciones sobre las relaciones entre el delito de peculado

María Liliana Urgilés-Amoroso; Silvio José Castellanos-Herrera

y la inobservancia del Principio de Lesividad son reducidas, existe una amplia bibliografía referida al delito de peculado y la aplicación de Principio de Lesividad, por lo que el trabajo cuenta con una base de estudios para establecer comparaciones y análisis.

Dentro de la serie de conceptos a utilizarse en el presente artículo, se va a considerar lo que se establece como lesividad en el derecho administrativo, aquello que se conoce como delitos de peculado y la definición de bien jurídico. El Principio de Lesividad tiene muchos años de haber sido estudiado y aplicado, ya que desde la obra de Aristóteles ya se consideraba necesario estudiar la lesión provocada en el delito para aplicar una punición específica. En 1834, Johan Birnbaum analiza a profundidad conceptos como el bien jurídico y el principio de lesividad como manera de imponer límites a las actuaciones judiciales, pues la pena del delito debe ir concomitante con el daño cometido (Vega, 2020).

El Principio de Lesividad solamente debe comprenderse como la imposibilidad de establecer como legítima una actuación punitiva sin que no se haya mediado por lo menos un conflicto jurídico, ya que este debe entenderse como la afectación de un bien jurídico total o parcial. El análisis de la lesión del bien jurídico deberá determinar su gravedad, estableciendo si es o no significativa, puesto que, si no existe afectación del bien jurídico o no es significativo, entonces la punición no debería ser excesiva (Torres, 2015).

El Principio de Lesividad implica el daño a un bien jurídico. En términos generales, los bienes jurídicos se consideran como una serie de derechos, intereses y garantías que se encuentra bajo protección de la Constitución de la República, además de otras leyes. Cuando los derechos son afectados mediante la acción de otro individuo, se puede hablar de una conducta que socava un bien jurídico (Ferrajoli, 2012). En la aplicación del Principio de Lesividad debe considerarse que los hechos que acontezcan tengan algún tipo de afección a la sociedad a la que pertenezca el individuo, por lo que su

María Liliana Urgilés-Amoroso; Silvio José Castellanos-Herrera

objetivo es buscar el control del bien común y constituirse como una garantía jurídica que regula las actuaciones de los individuos en un ámbito administrativo. En otras palabras, es necesario considerar de forma analítica la lesión que se suscita, ya que, si la lesión no ha sido mayor, no tiene sentido imponer igual pena para todos los que incurrir en el mismo delito.

En la doctrina tradicional del Derecho Administrativo, los actos favorables no pueden revocarse por el órgano que los dictó o por otro órgano administrativo. En tal caso, lo que corresponde a la Administración es la declaratoria de la lesividad del acto y el planteamiento de la impugnación respectiva ante el Juez contencioso administrativo (Pérez, 2014).

Se contempla de modo incidental en el Art. 29, d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en el Código Orgánico de la Función Judicial se reitera, la competencia de la jurisdicción contencioso administrativo para conocer la lesividad. El Recurso de lesividad se conserva en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Art. 97 (en adelante ERJAFE), y determina que la anulación por parte de la propia administración de los actos declarativos de derechos y no anulables, requerirán la declaratoria previa de lesividad para el interés público y su impugnación ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente (Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Judicial (ERJAFE), 2018).

Cuando el acto ha sido expedido por decreto ejecutivo o por acuerdo ministerial, la lesividad requiere ser declarada mediante decreto ejecutivo, pero en los otros casos será declarada mediante resolución del ministro competente. Dice también esta disposición que la acción contenciosa de lesividad podrá interponerse ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo en el plazo de tres meses a partir de la declaratoria de lesividad. El Art.168 regula lo relacionado con la lesividad de actos anulables, y prescribe que el presidente de la República, los ministros de Estado y las máximas autoridades de la administración pública central, podrán declarar lesivos

María Liliana Urgilés-Amoroso; Silvio José Castellanos-Herrera

para el interés público los actos favorables para los interesados que sean anulables, para luego proceder a su impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso – administrativo (Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Judicial (ERJAFE), 2018).

Se estipula que la declaración de lesividad no podrá adoptarse luego de tres años desde que se dictó el acto administrativo, y además requerirá de previa audiencia de cuantos resulten ser interesados en el mismo; que, en el caso de haber transcurrido el plazo de tres meses desde la iniciación del procedimiento, sin que se hubiese obtenido la declaración de lesividad, se producirá la caducidad de este. Por consiguiente, la acción contenciosa de lesividad solamente podrá interponerse ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo en el plazo de tres meses a partir de la declaratoria de lesividad. Estas medidas limitantes tienen su razón de ser, pues de lo contrario resultaría anárquico que en cualquier fecha se intente hacer valer los derechos que concede la ley.

El Código Orgánico Administrativo (en adelante COA) se encargó de depurar algunas normas del ERJAFE que ya adolecían de obsolescencia. Sin embargo, la normativa referente a la lesividad fue modificada hasta ponerla a tono con las nuevas circunstancias que actualmente han surgido. Es su Art.115 el que regula lo relacionado con la acción de lesividad y dice que las máximas autoridades de las respectivas administraciones públicas, deberán de oficio o a petición de parte declarar lesivos para el interés público los actos administrativos que generen derechos para la persona a la que el acto administrativo provoque efectos individuales de manera directa que sean legítimos o que contengan vicios convalidables, luego de lo cual, propondrán la acción de lesividad ante el Tribunal distrital de lo Contencioso Administrativo competente (Código Orgánico Administrativo (COA)).

Se indica que la declaración judicial de lesividad, previa la revocatoria, tiene por objeto precautelar el interés general; que el acto administrativo con vicios convalidables no

María Liliana Urgilés-Amoroso; Silvio José Castellanos-Herrera

puede anularse en vía administrativa cuando la persona interesada presente oposición, por lo que en ese caso la anulación se efectuará solamente en vía judicial. Se destaca que la declaratoria de lesividad del acto no puede efectuarse si ya han transcurrido tres años desde que se notificó el acto administrativo, y que la competencia de revocatoria de los actos favorables le corresponde a la máxima autoridad administrativa, pero se señala que la declaración de lesividad de actos favorables, se efectuará siguiendo el procedimiento administrativo ordinario previsto en el COA.

El peculado por su parte, se esclarece en el Artículo 278 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP), en la sección tercera de los “Delitos contra la eficiencia de la administración pública”, en el capítulo quinto denominado “Delitos contra la responsabilidad ciudadana” donde se considera como tal lo siguiente:

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 (Código Orgánico Integral Penal (COIP), 2014).

El peculado es considerado como un delito contra la administración pública. Resulta imprescindible señalar que la característica principal del peculado es que la persona a quien se le confió el cuidado del dinero o de un bien Estatal, es quien lo despoja intencionalmente. En la misma línea (Flores-Uzcátegui & García-Falconi, 1982). En este delito, el operador de justicia debe considerar lo que se denomina el principio del bien jurídico que establece que debe existir la lesión de un bien jurídico, núcleo del denominado hecho punible. Sobre el particular y tomando en cuenta este principio, el peculado ha existido desde siempre, donde los emperadores se perpetuaban en el

María Liliana Urgilés-Amoroso; Silvio José Castellanos-Herrera

poder mediante robos o sobornos, donde un administrador del Estado se lucraba del mismo para beneficio propio o de un tercero (Cueva, 2007). El delito presenta tal importancia que el artículo 233 de la Constitución de la República del 2008 determina lo siguiente:

Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos. Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas (Constitución del Ecuador, 2008).

En el caso del peculado el bien jurídico es complicado de definir, pero en este caso se puede llegar a establecer como la probidad y fidelidad del funcionario público, ya que se vulnera la confianza de los administrados por las acciones de los funcionarios administrativos, es decir, que no es cuestión solamente de un mal uso del dinero o los bienes del Estado (Maggiore, 2000). Dentro del delito de peculado existen tres verbos a observar, en este caso, apropiar, distraer o disponer, lo que significa que las personas que incurran en este delito se ocupan de apropiarse de bienes del Estado, malversar fondos, o disponer lo que se haga con los fondos o bienes para beneficiar a una tercera persona.

María Liliana Urgilés-Amoroso; Silvio José Castellanos-Herrera

MÉTODO

El estudio se plantea como cualitativo, explora TiVo y descriptivo, ya que se busca mediante el análisis de documentos jurídicos y literatura especializada, la revisión de dos variables, en este caso el delito de peculado y la aplicación del Principio de Lesividad, en el contexto de una estructura legal y mediante lo que se denomina en derecho comparado como metodología específica. Por otra parte, se usó el método histórico-lógico que es necesario para conocer la evolución de ambos conceptos dentro de la historia del derecho administrativo. El derecho comparado como método específico se aplicó para esclarecer la relación del principio de lesividad con el delito de peculado a través del estudio de cuerpos legales a nivel nacional e internacional.

Por otra parte, en cuanto a las técnicas que se utilizaron encontramos el análisis documental que se basa en la recopilación de documentos de diversos tipos, en este caso, doctrinario, legal jurisprudencial, que fue encontrado en bases de datos como Scopus, Google Scholar, Lexis, entre otros.

Los criterios que se aplicaron para la búsqueda de dicha información tuvieron como fundamento la antigüedad del documento, es decir, que no tenga más allá de 5 años para artículos de revistas académicas, lo que no aplica a textos doctrinarios importantes y legislación vigente, además de descriptores de búsqueda como bien jurídico, peculado y lesividad. Asimismo, se utilizó un instrumento dirigido a recabar información de la tipificación del peculado como delito contra la Administración pública y del principio de lesividad en el conjunto de países latinoamericanos como muestra la Tabla 1 (Castellanos-Herrera & Serrano-Moreno, 2021). Para la aplicación del instrumento de recolección se utilizó la herramienta Google Forms.

María Liliana Urgilés-Amoroso; Silvio José Castellanos-Herrera

ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS

En esta parte del trabajo, a partir de lo que consta en la base de datos que se ha conformado, se presentan las salidas que permitieron realizar los comentarios necesarios para reforzar el análisis. Asimismo, se utilizó un instrumento dirigido a recabar información de la tipificación del peculado como delito contra la Administración pública y del principio de lesividad en el conjunto de países latinoamericanos como muestra la Tabla; para la aplicación del instrumento de recolección se utilizó la herramienta Google Forms y los resultados muestran lo siguiente:

Tabla 1.

Países latinoamericanos tomados en cuenta en la investigación.

1. País

13 respuestas

Chile
México
Colombia
Surinam
Paraguay
Argentina
Brazil
Venezuela
Uruguay
Ecuador
Guyana
Bolivia
Perú

Elaboración: Los autores.

María Liliana Urgilés-Amoroso; Silvio José Castellanos-Herrera

La tabla 1 nos permite conocer el campo de estudio en el que se planteó nuestra investigación, que son trece países de América del Sur. Se buscó información en las Constituciones, Códigos Penales, jurisprudencia y revistas de derecho de cada país, material que fue imprescindible para la toma de información que sirvió de sustento para nuestro análisis, conclusiones y resultados.

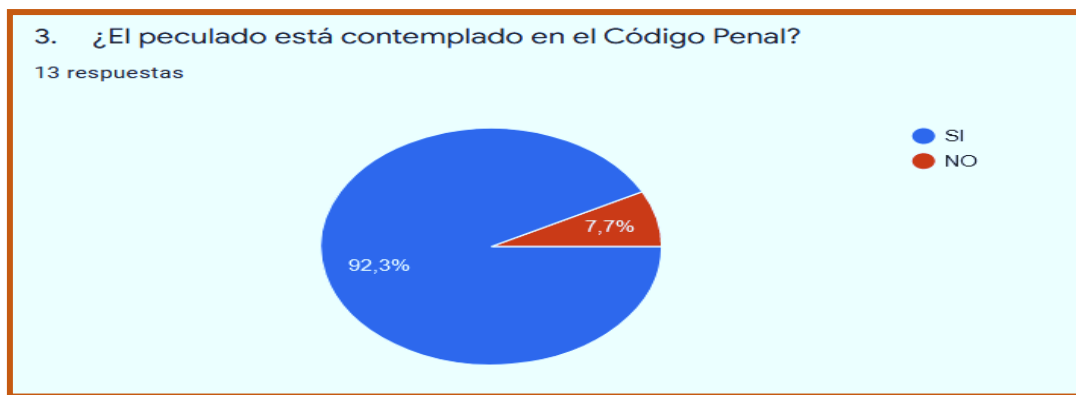


Gráfico 1. Distribución porcentual sobre si el delito de peculado está o no contemplado en los códigos penales de los países incorporados al estudio.

Fuente: Encuesta.

Lo resaltante de la información del gráfico 1 es que casi en la totalidad de los países de América del Sur (92,3%) el delito de peculado se halla contemplado en el Código Penal de cada uno, sin embargo, nos llama la atención que Paraguay es el único país en cuyo Código Penal no se encuentra tipificado el delito de peculado, a pesar de que este país creó una ley especial para reprimir hechos punibles contra el Patrimonio del Estado (Ley Penal nº 2.880/06) en cuyo artículo 4 se contempla y sanciona el peculado y su tentativa con pena privativa de libertad de hasta de 12 años.

María Liliana Urgilés-Amoroso; Silvio José Castellanos-Herrera

Tabla 2.

Cuadro demostrativo, por países tomados en cuenta para el estudio, de acuerdo a las especificaciones sobre el tratamiento del delito de peculado y del Principio de Lesividad.

1. País	BOLIVIA	BRAZIL	MEXICO	ARGENTINA	CHILE	ECUADOR	GUYANA	PARAGUAY	PERU	SURINAM	URUGUAY	VENEZUELA	COLOMBIA
2. El peculado es considerado como Delito contra la Administración Pública	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	SI	SI	SI	SI	SI
3. El peculado está contemplado en el Código Penal	SI	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	SI	SI	SI	SI	SI
4. En que artículo	142	312	223	261	233	278	192		387	382	153	195	397
5. El peculado está contemplado en OTRA LEY-ART								<i>Ley n° 2.880/06</i>					
6. Los servidores públicos que sean sentenciados por delito de peculado quedan exentos de por vida para desempeñar un cargo público.	NO	NO	NO	SI	SI	SI	NO	NO	SI	SI	NO	NO	NO
7. El principio de lesividad surge como limite para las actuaciones judiciales.	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	SI
8. El principio de lesividad surge como consecuencia de la afectación a un bien jurídico.	SI	SI	SI	SI	SI	SI	NO	SI	SI	NO	SI	SI	SI

Elaboración: Los autores.

En la Tabla 2 podemos observar que en la pregunta 4 se detalla en qué artículo del Código Penal de cada país de América del Sur se contempla el delito de peculado, a excepción de Paraguay cuyo caso ya explicamos anteriormente; de esta manera se demuestra que el delito de peculado es contemplado en todas las legislaciones de América del Sur, lo que los diferencia son las sanciones que cada uno plantea para castigar este grave delito que atenta contra la Administración pública menoscabando la confianza pública y la buena marcha de la Administración pública.

María Liliana Urgilés-Amoroso; Silvio José Castellanos-Herrera

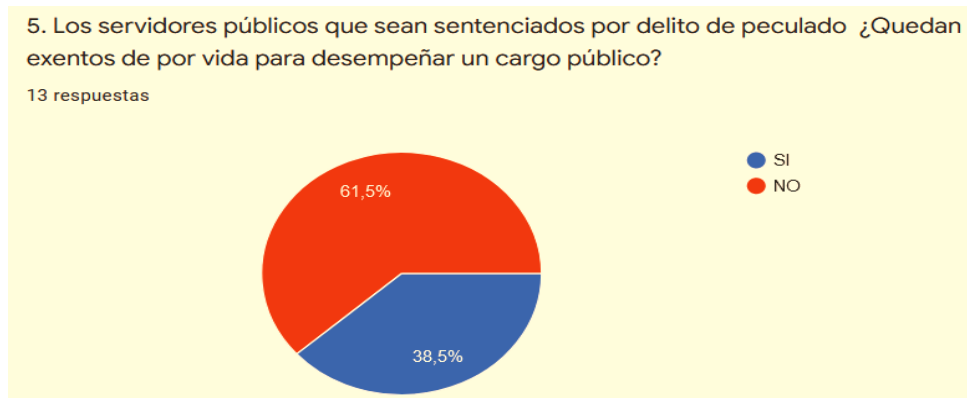


Gráfico 2. Distribución porcentual sobre si los servidores públicos que son sentenciados por delito de peculado quedan exentos de por vida o no, para desempeñar un cargo público.

Fuente: Encuesta.

Del gráfico 2 podemos recalcar datos muy importantes. En el 61,5% de los países no se contempla la exención de por vida para desempeñar un cargo público para los servidores que hayan recibido sentencia por delito de peculado, es decir este funcionario a pesar de haber defraudado al Estado y a la confianza de la colectividad no recibe la sanción que debería frente a un hecho tan grave que menoscaba los intereses del Estado. Sin embargo, los países de Argentina, Chile, Ecuador, Perú y Surinam consideran primordial sancionar este delito para prevenir que estos funcionarios continúen delinquiendo.

María Liliana Urgilés-Amoroso; Silvio José Castellanos-Herrera

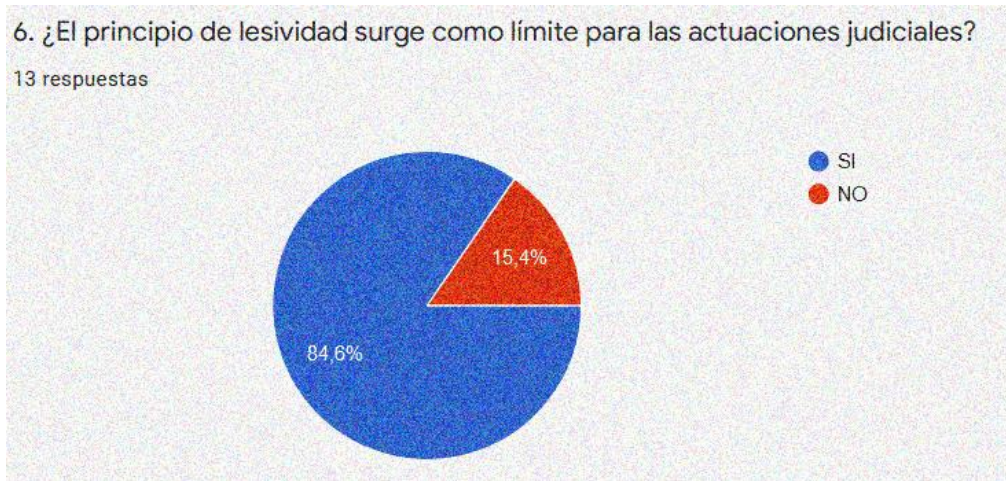


Gráfico 3. Distribución porcentual sobre si el Principio de Lesividad surge como límite para las actuaciones del Estado.

Fuente: Encuesta.

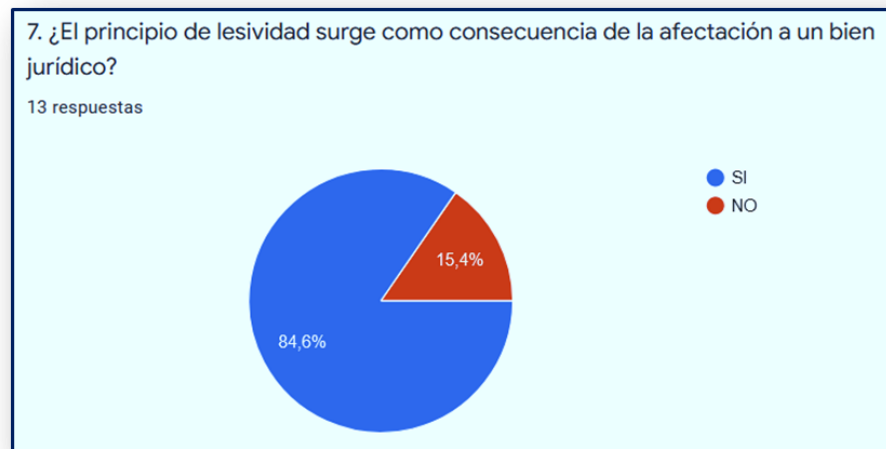


Gráfico 4. Distribución porcentual sobre si el Principio de Lesividad surge como consecuencia de la afectación a un bien jurídico.

Fuente: Encuesta.

María Liliana Urgilés-Amoroso; Silvio José Castellanos-Herrera

De los gráficos 3 y 4 podemos destacar que en la mayoría de los países se evidencia la aplicación del Principio de Lesividad, solamente en los países de Surinam y Guyana no existe claramente determinado este principio a diferencia de los otros 11 países en donde el mismo surge como freno para las actuaciones judiciales y por ende para la aplicación de castigos de acuerdo con la afectación real a un bien jurídico protegido como señala la mayoría de la bibliografía consultada.

Sin embargo haciendo un análisis profundo podemos señalar que resulta imprescindible aclarar que a través de este delito no solamente se está afectando al patrimonio del Estado sino también a la confianza pública, pues cada ciudadano tiene la certidumbre que los funcionarios que laboran en el sector público están protegiendo los bienes del Estado y salvaguardando sus intereses y al defraudar la confianza depositada por el pueblo en las manos de cada servidor público, se origina la desconfianza de la colectividad y la propensión de la corrupción.

CONCLUSIONES

Luego de realizar la presente investigación se pueden establecer como conclusiones, que el delito de peculado atenta contra la Administración Pública y que se encuentra regulado en el Código Penal de los países escudriñados, no obstante, la aplicación de las sanciones no es uniforme a sabiendas que es un delito eminentemente doloso que afecta al tesoro nacional y que es cometido por funcionarios en quienes el pueblo deposita total certidumbre. Muchos de estos funcionarios encajan perfectamente en la denominación de delincuentes de cuello blanco que, según Sutherland, se trata de “un delito cometido por una persona de respetabilidad y estatus social alto en el curso de su ocupación” (Jaramillo, 2019).

Las sanciones previstas en los Códigos Penales y en el caso de Paraguay en la Ley Penal nº 2.880/06, son variadas como devolución del monto en el que se ha perjudicado al Estado, prisión que varía desde penas menores hasta otras significativas; pero, lo

María Liliana Urgilés-Amoroso; Silvio José Castellanos-Herrera

que más llama la atención es la aplicación de la penalidad para evitar el desempeño en cargos públicos. Solamente en 5 países de América del Sur los funcionarios que han sido sentenciados por peculado quedan excluidos de por vida para desempeñar un cargo público, pero en los otros 8 países existe incapacidad parcial y en algunos no se contempla ningún tipo de incapacidad, de manera que el trabajador que defraudó la confianza del pueblo e hizo mal uso de los bienes nacionales tiene la oportunidad de continuar con sus labores.

Resulta inentendible como estos estados extienden su confianza a estos ex empleados del Estado, quienes, al no ser objeto de punición, podrían seguir delinquiendo y siendo parte activa del incremento del índice de corrupción. Estos Estados no deberían ser blandengues y permisivos, más bien su obligación sería apartar permanentemente del sector público a estos viles exservidores pues existe el peligro de que el peculado se traslade a otros tipos penales contra la Administración Pública como el cohecho, concusión, entre otros.

Por citar el ejemplo, de unos de los países en los que no existe prohibición de desempeñar un cargo público luego de haber recibido una sentencia de peculado, es México y es inequívoco que esta debilidad contribuye al incremento del índice de corrupción que existe en el sector público. Es entendible entonces que este país que se encuentre en la posición número 124 de los 180 del ranking de corrupción gubernamental a nivel mundial. Sobre el tópico en discusión (Pérez-Corso, 2012), resalta que el enemigo a vencer en México es la corrupción al claror de que se generan constantemente intrincados mecanismos de corrupción en los que sale victoriosa la descomposición administrativa del Estado, con la insoportable impunidad de los involucrados.

Lo que se debe promoverse a nivel latinoamericano, es una convención entre países en la que se promueva cada vez con más contundencia, la persecución y castigo ejemplar para los protagonistas del delito de peculado, de manera que, esto se constituya en un

María Liliana Urgilés-Amoroso; Silvio José Castellanos-Herrera

freno para el incremento de la corrupción como mal que carcome crecientemente al hemisferio.

Paralelamente es imprescindible que se diseñe e implante un programa, desde los niveles más básicos del sistema educativo, tendente a crear conciencia sobre lo fundamental que es el manejo eficiente de los recursos públicos y su consecuencia directa, que es el bienestar del pueblo en todas sus facetas, vale decir por lo menos, educación, salud, alimentación e infraestructura. De manera concomitante, la promoción en todas las manifestaciones de la sociedad civil acerca del desarrollo ético del ser humano se torna indispensable.

FINANCIAMIENTO

No monetario.

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Católica de Cuenca; por motivar el desarrollo de la investigación.

REFERENCIAS CONSULTADAS

Arteño-Ramos, R. (2017). Derecho constitucional en Ecuador y aspectos sobre la corrupción desde lo penal [Constitutional law in Ecuador and aspects of corruption from a criminal perspective]. *Chakiñan, Revista De Ciencias Sociales Y Humanidades*, (2), 35–46. <https://doi.org/10.37135/chk.002.02.04>

Castellanos-Herrera, S., & Serrano-Moreno, S. (2021). Competencies of the area of statistics in legal research. *Journal of business and entrepreneurial studies*, 5(3). Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=573669774008>

Cevallos-Vallejo, N., & Espín, K. (2021). La intervención de los sujetos privados en el delito de peculado: ¿coautores? [The intervention of private parties in the crime of embezzlement: co-perpetrators?]. *USFQ Law Review*, 8(1), 237-258. <https://doi.org/10.18272/ulr.v8i1.2192>

María Liliana Urgilés-Amoroso; Silvio José Castellanos-Herrera

Código Orgánico Administrativo (COA). Registro Oficial Suplemento 31 de 07-jul.-2017.
Recuperado de <https://n9.cl/urk3>

Código Orgánico Integral Penal (COIP). Registro Oficial N° 180. Recuperado de
<https://n9.cl/g6sc>

Constitución del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008 Última modificación: 13-
jul-2011. https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf

Cueva, L. (2007). Peculado [Peculation]. Quito: Cueva Carrión.

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Judicial (ERJAFE). Registro
Oficial 536 de 18-mar.-2002 Última modificación: 24-may.-2018.
<https://www.telecomunicaciones.gob.ec/wp-content/uploads/2018/06/erjafe.pdf>

Ferrajoli, L. (2013). El principio de lesividad como garantía penal [The principle of
harmlessness as a criminal guarantee]. *Nuevo Foro Penal*, 8(79), 100–114.
<https://doi.org/10.17230/nfp.8.79.4>

Flores-Uzcátegui, G., & García-Falconi, J. (1982). Manual de Práctica Procesal en los
juicios por peculado [Manual of Procedural Practice in Embezzlement Trials].
Quito: Editorial S.E

Jaramillo, S. J. (2019). Los delitos de cuello blanco “teoría de edwin sutherland.”. [The
white collar crimes "edwin sutherland theory"]. *Sur Academia: Revista Académica-
Investigativa De La Facultad Jurídica, Social y Administrativa*, 5(10), 44 - 50.

Ley N° 2880. Reprime hechos punibles contra el patrimonio del Estado [Reprimands
punishable acts against the State's assets]. Recuperado desde <https://n9.cl/o6w35>

Leyva-Estupiñán, M. A., & Lugo-Arteaga, L. (2015). El bien jurídico y las funciones del
Derecho penal [The legal good and the functions of criminal law]. *Derecho Penal Y
Criminología*, 36(100), 63–74. <https://doi.org/10.18601/01210483.v36n100.04>

María Liliana Urgilés-Amoroso; Silvio José Castellanos-Herrera

- Maggiore, G. (2000). Derecho penal [Criminal Law]. Parte especial. Bogotá: Temis.
- Morales, C. (2020). El Peculado, un Delito de Corrupción en el Ecuador [Embezzlement, a Corruption Crime in Ecuador]. "CARÁCTER & quot; REVISTA CIENTÍFICA DE LA UNIVERSIDAD DEL PACÍFICO, 8(1). <https://doi.org/10.35936/up.v8i1.16>
- Pérez, E. (2014). Derecho Administrativo [Administrative Law]. Quito. CEP.
- Pérez-Corso, A. (2012). La discrepancia en materia fiscal como herramienta de combate a la corrupción en México [Tax discrepancy as a tool to fight corruption in Mexico]. México: Contribuciones a las Ciencias Sociales. https://www.eumed.net/rev/cccss/22/corrupcion_mexico.pdf
- Torres, A. (2015). La operatividad del principio de lesividad desde un enfoque constitucional [The operability of the principle of detrimental effects from a constitutional approach]. *Revista de pensamiento penal*, [Internet]: Recuperado de <https://n9.cl/2wazb>
- Vega, F. (2020). La falta de aplicación del principio de lesividad en el delito de peculado en Ecuador [The lack of application of the principle of lesivity in the crime of embezzlement in Ecuador]. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar. <https://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/7569>
- Zapata-Benavides, A., Arrias-Añez, J., & Aradia-Zambrano, J. (2020). El delito del peculado y su impacto socioeconómico en el Ecuador [The crime of embezzlement and its socioeconomic impact in Ecuador]. *IUSTITIA SOCIALIS*, 5(2), 748-758. <http://dx.doi.org/10.35381/racji.v5i2.1057>