

La Conciliación en los delitos de peculado

Juan Carlos Sarango¹; Danny Xavier Sánchez O²

Resumen

La conciliación en los delitos de peculado no está concebida en la legislación penal ecuatoriana. Sin embargo, la doctrina sí concibe la misma, como método alternativo de solución de conflictos ante delitos de peculado. El trabajo investigativo desarrolla los principios de justicia restaurativa y la mínima intervención penal, además forma argumentos sobre la necesidad y proporcionalidad de la pena. El objetivo es analizar la viabilidad de la conciliación en delitos de peculado. Las principales interrogantes se presentan en base a: ¿Cuáles son los principales fundamentos doctrinarios que desarrolla en la justicia restaurativa?, ¿Cómo el principio de mínima intervención penal ampara a la conciliación? ¿Cuáles son los fundamentos de necesidad y proporcionalidad para encauzar la conciliación en los delitos de peculado? El método utilizado en la investigación es el histórico lógico, documental, bajo un enfoque cualitativo, los cuales permitieron obtener los principales resultados y cuestionar la posibilidad de aplicar la conciliación en los delitos de peculado.

Palabras clave: Peculado, Conciliación, sujeto activo, bien jurídico protegido.

Mediation in crimes of embezzlement

Abstract

The problem arises in what; the normative inputs of the Organic Comprehensive Criminal Code, does not allow conciliation to be applied in crimes of embezzlement, since, at the author's discretion, the inputs developed by the principles of restorative justice and minimal intervention can be taken into account, to argue about the necessity and proportionality, regarding the application of conciliation. The objective of this research is configured as: Determine the feasibility of conciliation in crimes of embezzlement based on restorative justice and minimal criminal intervention. The main questions associated with the research are: What are the main doctrinal foundations that restorative justice and minimal criminal intervention develop? What are the grounds of necessity and proportionality to channel conciliation in crimes of embezzlement? The research presented here is of a qualitative and documentary nature, methodologies through which they allowed us to obtain the main results and allow us to question the possibility of applying conciliation in crimes of embezzlement. The methodology used in this article is determined by means of a qualitative approach, prosecuted in the naturalistic scientific paradigm, of a descriptive, non-experimental nature.

Keywords: Embezzlement, Conciliation, active subject, procedural subjects, protected legal right.

Recibido: 15 de junio de 2023

Aceptado: 15 de agosto de 2023

¹ Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, Maestrante de la Maestría en Derecho Procesal y Litigación Oral por la Universidad Indoamérica, jsarango11@indoamerica.edu.ec, carjusal2010@gmail.com <https://orcid.org/0000-0002-5866-0509>

² Doctorando por la Pontificia Universidad católica de Argentina. Posee título de maestría en Derecho mención Derecho Penal y Procesal Penal, Posee título de maestría en Derecho Penal Económico, diplomatura en derecho procesal penal- mención experto litigante, consejo de la judicatura. Experto Universitario en Técnicas de Litigación en Juicio. Abogado titulado por la Pontificia Universidad del Ecuador Ambato. Actualmente profesor - investigador titular de Derecho Penal y Teoría del Delito en la Universidad Indoamérica - Ambato; Coordinador de Posgrados de la carrera de Derecho Universidad Indoamérica. Correo dannysanchez@uti.edu.ec ; <https://orcid.org/0000-0001-5783-2682>

Autor de correspondencia: jsarango11@indoamerica.edu.ec

I. INTRODUCCIÓN

Para enmarcar la problemática en esta investigación, es pertinente referirnos a las fuentes formales del derecho, específicamente la doctrina y la ley. La literatura jurídica en la presente investigación ha servido para abordar teorías como la justicia restaurativa y la mínima intervención penal. En tal virtud, de acuerdo con Organización de las Naciones Unidas (2019) la justicia restaurativa responde al balance del comportamiento delictivo, conforme a las necesidades de la comunidad, de la víctima y del delincuente.

Respecto de la mínima intervención penal, Ávila (2017), ha desarrollado que; es un principio rector del Código Orgánico Integral Penal [COIP] (2014; Art.5), definiéndolo como la legitimidad de la intervención penal, solo cuando sea necesario para proteger a las personas, constituyéndose como un último recurso, en el caso de que los mecanismos extrapenales, no sean suficientes. Al respecto, se verifica dos características esenciales; la necesidad y la finalidad. Sobre la primera, se entiende que a pesar de que se tipifique en la norma penal, hay la posibilidad de que su aplicación en la materia penal se determine como innecesaria. La finalidad, siempre será guiada a la protección de derechos y la tutela de bienes jurídicos.

En esta línea de argumentos, se debe tomar en cuenta su contexto para verificar la problemática investigada. Esta problemática queda expuesta con el análisis normativo penal. En este sentido se debe partir de lo dispuesto en el COIP (2014) que reza: “la conciliación se puede presentar hasta antes de la instrucción fiscal, en los siguientes casos: ... Se excluye de este procedimiento a las infracciones contra la eficiencia de la administración pública” (Art. 663)

De acuerdo con lo expuesto por la normativa penal ecuatoriana, en cada caso se deberá verificar si las condiciones propuestas por la ley son aplicables al delito de peculado tipificado en el Art. 278 del Código Orgánico Integral Penal (2014) en relación a las circunstancias configuradas en el inciso primero del artículo 663 (COIP, 2014), sería inicialmente improcedente aplicar la conciliación en este delito al verificar que el peculado es un delito cuyo bien jurídico protegido es la eficiencia de la administración pública.

En este sentido el Art. 663 (COIP, 2014) determina

como límites para la aplicación de la conciliación que la sanción prevista para el tipo penal no supere los cinco años. Así también, el inciso segundo de la misma norma antes referida proscribía la posibilidad de aplicar la conciliación a los delitos cuyo monto no exceda los 30 salarios básicos unificados. Es menester en este punto realizar un análisis de la normativa ecuatoriana, se entendería que el Art. 663 es claro al manifestar que no es posible aplicar la conciliación cuando se habla de delitos sancionados con más de cinco años y en este sentido el peculado es sancionado de 10 a 13 años de pena privativa de libertad. Inicialmente se puede determinar como inaplicable, pero es necesario cuestionarnos los beneficios que puede implicar la posibilidad de aplicar la conciliación ante los delitos de peculado, sobre todo cuando el monto del perjuicio económico sea ínfimo y además estudiar los fundamentos doctrinarios que posibilitan la aplicación de la conciliación a esta clase de delitos.

La problemática investigada, plantea indagar si es o no procedente la conciliación en los delitos de peculado. Además de estudiar las posibles ventajas que esto podría acarrear para el sistema penal. Se puede estudiar como punto de partida los principios de justicia restaurativa y la mínima intervención penal, para argumentar sobre la necesidad y proporcionalidad, en cuanto a la aplicación de la conciliación.

II. DESARROLLO

La conciliación

La conciliación se ha reconocido como un acto procesal que se ejerce como parte de la autonomía de la voluntad, llevando a determinar coincidencias con las partes que intervienen en el conflicto, a través de un facilitador (Burgos, 2018). A raíz de la promulgación del Código Orgánico Integral Penal (2014), se ha reconocido en el estado ecuatoriano este acto como una alternativa procesal como parte de la justicia restaurativa, equilibrando las pretensiones del estado y las víctimas, además de proporcionar la naturaleza correctiva del derecho penal para la persona procesada (Cueva, 2019).

Se reconoce que esta institución lleva a que se configure una sanción proporcional para el infractor y una debida reparación con relación a la víctima y el estado (Beccaria, 2018). En base a lo expuesto,

empieza a darse un trato al delito como una manera autocompositiva, lo que significa dar una viabilidad y preponderancia a la compensación, reparación e indemnización, más allá del sentimiento de retribución por parte de la víctima con relación al daño causado.

La conciliación se ha determinado también como una práctica restaurativa, en donde se permite a las víctimas, infractores y miembros de la sociedad, para que participen y lleve a la reparación de los daños como consecuencia del crimen, se debe considerar a la víctima como parte de la sociedad y que, de esta manera, exista la promoción de la reconciliación, reintegrando al infractor con la sociedad. Además, en este sentido permite penas y figuras distintas a la privación de la libertad que logren evitar la reincidencia, eviten la proliferación de estas conductas en la sociedad y logren cumplir con la rehabilitación y reinserción.

Además, resulta útil a ojos de la finalidad del derecho penal que este medio alternativo, tiene incidencia en la víctima, dándole preferencia y busca la reintegración del infractor en la sociedad, lo que permite un abordaje más amplio de estudio respecto de las consecuencias de su aplicación, en materia de criminología y victimología (Buompadre, 2016). En el plano del análisis de la víctima, la conciliación surge como una medida que visibiliza una reparación tangible y satisfactoria en favor de la o los afectados por el delito y además establece medidas más eficientes y proporcionales que la pérdida de la libertad.

Esta posición de las víctimas difiere en los delitos de peculado, por cuanto el titular del bien jurídico protegido en esta clase de delitos es el Estado, como se estudiará más adelante. Precisamente esto haría que se enmarque un interés por parte de la sociedad, ya que según (García, 2018) se considera que en este tipo de delitos como es el peculado el sistema no aborda ni logra recuperar el perjuicio económico causado al Estado. En este sentido según (Burgos, 2018) la conciliación se hace viable en este tipo de delitos, pero con ciertas características en la infracción penal y medidas correctivas las mismas que se desarrollarán en apartados posteriores.

Lo expuesto en el párrafo anterior se debe considerar contrario al criterio de que las leyes penales se encuadran en un paradigma retributivo,

que está influenciado por el populismo punitivo, entendiéndose como una aplicación estricta de la justicia penal para satisfacer la demanda popular de respuestas a la delincuencia (Pulido, 2017). Esta forma de regulación penal se caracteriza por una tendencia a promover la seguridad a través de la imposición de penas más severas, en lugar de enfocarse en la prevención y rehabilitación de la delincuencia. A menudo se asocia con un liderazgo autoritario y una tendencia a ignorar los derechos humanos y las garantías constitucionales. Teniendo como fin del derecho penal la imposición de la condena y como un elemento secundario la reparación integral y el resarcimiento del bien jurídico protegido. El criterio expuesto en este párrafo excluye la figura de reparación integral lo que provoca insatisfacción en la víctima con el sistema de justicia penal (Solorzano, 2015). En este sentido la conciliación apartándose del criterio antes expuesto permite viabilizar las pretensiones de las víctimas y del estado viabilizando de una forma más eficiente la administración de justicia penal, la reparación del bien jurídico afectado y estableciendo una prevención eficiente, inclusive incide en menor magnitud con el hacinamiento de las personas privadas de libertad y posibilita medidas más adecuadas para garantizar la rehabilitación.

La conciliación y la justicia restaurativa son dos enfoques diferentes para abordar los conflictos y remediar los daños causados por los delitos. La primera se centra en las partes en conflicto llegando a un acuerdo mediante la negociación y el diálogo. La justicia restaurativa, por otro lado, se centra en la reparación de los daños causados por el delito, tanto físicos como emocionales, mediante la creación de un entorno seguro en el que el victimario y la víctima puedan hablar sobre el delito y llegar a un acuerdo sobre cómo reparar los daños. Ambos enfoques son importantes para abordar los conflictos y remediar los daños causados por los delitos, y deben ser considerados juntos para lograr una justicia penal.

JUSTICIA RESTAURATIVA

Justicia restaurativa es un enfoque para la justicia penal y la resolución de conflictos que se centra en la restauración de los daños causados por la infracción a través del diálogo entre la víctima, el infractor y los miembros de la sociedad (Zambrano, 2016). En lugar

de un enfoque punitivo, la justicia restaurativa busca restaurar los daños y la confianza de la comunidad a través de la responsabilidad compartida además de evitar la reincidencia (Limaico, 2017). Esta filosofía se basa en la creencia de que la justicia debe incluir a la víctima, el infractor, la comunidad y el estado en el proceso de reparación.

La conciliación penal en la realidad ecuatoriana es una forma de solución alternativa de conflictos que se ha implementado en los últimos años para buscar justicia restaurativa (Falconi, 2017). Esta solución se basa en el diálogo entre la víctima y el victimario, para que el primero reciba reparación y el segundo se responsabilice de los daños causados (García, 2018). Esta práctica se ha implementado como una alternativa a la tradicional justicia penal, que puede resultar ineficaz, insatisfactoria y costosa. La conciliación penal busca no solo la justicia, sino también la reconciliación entre las partes involucradas y el estado.

Para entender este modelo de justicia, es importante definir el proceso restaurativo, el cual determina que la víctima, el infractor y cualquier individuo o miembro de la sociedad deben participar de manera conjunta para resolver y reparar las consecuencias de un delito de manera satisfactoria (Castro, 2017). Un resultado restaurativo es un acuerdo que se alcanza con este proceso, inclusive el acuerdo puede incluir remisiones a programas como servicios comunitarios o medidas no privativas de libertad, que se encaminan a atender la necesidad y responsabilidad individual y colectiva de quienes intervienen, y por medio de estas medidas efectivizar la reintegración del infractor a la comunidad y la prevención de estos delitos en la sociedad.

Los modelos de justicia restaurativa, se encuadra en ciertas premisas específicas: (A) la respuesta a la infracción debe reparar el daño que ha sufrido la víctima. (B) que los infractores entiendan su manera de actuar inaceptable y las consecuencias reales para la víctima, la sociedad y los transgresores de la ley penal. (C) los infractores deben aceptar la responsabilidad por sus actos. (D) las víctimas deben expresar su necesidad y participar en la reparación de daños a partir de los infractores (Sanchis, 2018). Bajo estas condiciones establecidas por la justicia restaurativa y la conciliación se puede analizar además el principio de la mínima intervención penal

que posibilita estos métodos alternativos como medidas óptimas para concretar una justicia penal proporcional, eficiente, adecuada y célere.

Mínima intervención penal

El principio de mínima intervención penal se reconoce como un requisito indispensable en la dinámica de la materia penal. Esto debido a que la ejecución de la pena genera consecuencias en la vida de las personas y es una afectación legitimada a los derechos de la persona procesada. Más allá de lo expuesto, el fin de este apartado es reconocer las principales características que configuran su esencia, para que, en base de estos parámetros doctrinarios, se utilice estos insumos en sostener a las ventajas de la conciliación frente al derecho penal y con especial enfoque en los delitos de peculado.

De acuerdo con Andrade (2016), la mínima intervención penal representa juntamente con la legalidad, la base de los criterios rectores del derecho penal. La mínima intervención penal y la legalidad son principios fundamentales que rigen el sistema penal. Estos principios se refieren a la responsabilidad penal de los individuos y a la aplicación de la ley penal para hacer frente a los delitos cometidos. La mínima intervención penal se refiere a la necesidad de limitar al mínimo la intervención punitiva del Estado en la vida de los individuos a través de la ley penal. Por otro lado, la legalidad hace referencia a la necesidad de respetar las leyes penales legítimas, es decir, que la aplicación de la ley penal se lleve a cabo de acuerdo con lo prescrito en la norma penal.

En oposición a lo dispuesto, Conde (2017) no le reviste de mayor importancia a la mínima intervención penal, sino solo como parte de la proporcionalidad, de esta manera, este autor reconoce como fin de estos principios, uno específico que es impedir la acción desproporcional e irracional en contra de los ciudadanos en conflicto con la norma penal. De lo inferido, es pertinente acotar en una visión crítica, que el principio de proporcionalidad se vincula con el quantum de la pena, mientras que la mínima intervención, se encausa a la necesidad de la reacción punitiva por parte del estado.

Este principio limita al poder punitivo del Estado, por tanto, relega su aplicación en base a una realidad estrictamente necesaria, es decir la aplicación de una pena y su ejecución debe estar debidamente

fundamentada y justificada. Además, se debe verificar que no existan otras medidas o regulaciones que efectivicen la integridad de los bienes jurídicos tutelados. Esta característica se configura por el dogma penal como el carácter subsidiario y fragmentario de la norma penal.

Carácter subsidiario

El carácter subsidiario considera a la materia penal como una de las varias maneras en las que se puede ejercer el control social, atendiendo a circunstancias que generan reproche en la población y que debe relegar a la pena como una última opción, en otras palabras, que exista una verdadera necesidad para la aplicación del poder punitivo del estado.

Su aplicación se condiciona al fracaso de instrumentos formales e informales que le preceden, como en el caso de las sanciones civiles o administrativas. Verbigracia, la educación social que pretende erradicar el racismo puede ser mejor regulada y de forma más útil por medio de normativa civil o administrativa que garanticen la inclusión y una vez agotados lo mecanismo no penales ante estas circunstancias optar por una alternativa punitiva del Estado (Conde, 2016).

La subsidiariedad en materia penal, también se ha reconocido como un límite interno del poder punitivo del estado, debido a la necesidad imperativa de justificar la idoneidad de la aplicación del sistema penal respecto a cierto comportamiento que la sociedad a repudiado y lo ha considerado como delito. En este sentido la subsidiariedad también requiere la verificación de otros instrumentos menos agresivos que pretendan garantizar la prevención (Cueva, 2019) y solo tras esta verificación se podrá aplicar la norma punitiva cuando otros mecanismos sean insuficientes.

Esta realidad, lleva a concebir que el carácter subsidiario vendría a ser una directriz, más que un mandato vinculante para el legislador. En fin, este carácter se asocia con una idea disuasiva, entendiéndose que los problemas antes de ventilarse en la vía penal se deben solucionar por otros medios, de lo contrario, se reconocería la pena como desproporcional y desmesurada.

Carácter fragmentario

Para analizar el carácter fragmentario del derecho

penal, es imprescindible reafirmar la idea del carácter subsidiario que se valoriza por efectivizar los medios extrapenales y la suficiencia de estos con relación a la protección de los bienes jurídicos protegidos y la prevención de actos delictivos (Delgado, 2018). No obstante, solo con este fin, no se configura en su integralidad la mínima intervención penal como límite al *ius puniendi*. Para lograr este fin, es trascendental que se señale cuales ataques y qué bienes jurídicos justifican la aplicación de la norma penal.

En relación con el bien jurídico protegido (Falconi, 2017), lo ha definido como el interés vital para el desarrollo de las personas que se encuentran en sociedad, haciendo que adquiriera un reconocimiento jurídico trascendente para el derecho penal. De esta manera, se pueden considerar intereses sociales históricos que han preexistido antes de su reconocimiento, porque dicho interés no nace con el orden jurídico, sino que únicamente lo reconoce determinándolo como bien jurídico y se reconoce su existencia y naturaleza diga de protección penal para asegurar la convivencia pacífica en la sociedad.

De lo inferido, se debe reconocer que la rama penal no protege a los bienes jurídicos en general, ni las afectaciones que se puedan determinar contra estos. Se reserva únicamente para los bienes jurídicos más esenciales que garantizan la convivencia, como respuesta a las agresiones más lesivas, como, verbigracia: la vida, la integridad sexual, la libertad (Ferreira, 2017). De esta manera, se afianza también el principio de proporcionalidad, porque se afectaría con una misma pena racional a la afectación causada a un bien jurídico, debiendo ponderar una gran afectación con mayor quantum de la pena y modalidades más leves con una pena adecuada para la afectación.

La mínima intervención penal es un principio de derecho penal que se refiere a la protección de los derechos y libertades de las personas y que busca evitar la aplicación de medidas restrictivas a la libertad, considerando que existen otras medidas que garanticen el control social que persigue el derecho penal y además una correcta rehabilitación reinserción y reparación integral.

En la realidad ecuatoriana, a pesar de que se han hecho esfuerzos por promover este principio, aún no se ha logrado su implementación plena. Es

necesario considerar el carácter fragmentario y subsidiario en relación con el delito de peculado. El carácter fragmentario se refiere a la necesidad de aplicación del derecho penal y la ejecución de una pena sobre el delito de peculado y los elementos que constituyen el delito por la afectación al bien jurídico tutelado. Mientras que el carácter subsidiario se refiere a la necesidad de reacción del derecho penal ante esta clase de delitos en vista a que los otros mecanismos extrapenales han quedado insuficientes. Esta división es útil para determinar cuáles actos se consideran como parte del delito y cuáles no, además de viabilizar la posibilidad de aplicar mecanismos alternativos para la solución de conflictos como es la conciliación ante actos delictivos que por su naturaleza no adolezcan la necesaria implantación de una pena sino alternativas que puedan garantizar la reparación del bien jurídico protegido, garantizar la no reincidencia y efectivizar la prevención delictiva sobre el delito de peculado.

EL DELITO DE PECULADO

En este sentido (Naranjo, Espinosa, Mesías, & Sanabria, 2022) sostienen que:

El delito de peculado es la manera de actuar consciente, voluntaria, del funcionario público o de un particular para disponerse de forma arbitraria y dolosa de bonos, bienes, dineros, etc., que pertenecen al Estado o de organismos que tengan dentro de sus arcas fondos fiscales, para su propio beneficio o de terceros, valiéndose de su cargo, por la confianza depositada para su custodia (p. 288)

Así la normativa penal ecuatoriana para tipificar este delito usa la norma penal que establece:

Peculado.- Las o los servidores públicos; las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado; o, los proveedores del Estado que, en beneficio propio o de terceros, abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos, 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, Art. 278)

Bien jurídico protegido en el delito de peculado

De acuerdo con Limaico (2017), un avance del derecho penal liberal es que solo se debe reprimir los actos que lesionen bienes que sean esenciales para la vida normal. Desde esta perspectiva, se concibe que la norma penal se fundamenta en base a un juicio de valor positivo con relación a estos bienes trascendentales. En lo referente al delito de peculado, es importante traer a colación el criterio de Molina (2018), en las distintas formas del tipo penal. La alteración del común desarrollo de la administración pública se centra en lesiones a intereses económicos de la administración e irregularidades en el manejo de bienes que al intraneus se les ha encargado administrar, sin que se desconozca la afectación a la confianza que la administración deposita en sus funcionarios.

De acuerdo con lo expresado, se pone en relevancia la fidelidad y honestidad del intraneus para la administración pública. Otros criterios apuntan a la relevancia de la intangibilidad de los bienes del Estado en la administración y algunos se centran en el enriquecimiento ilícito del funcionario, respecto de la cosa pública. En relación a lo expresado el fin del legislador es que se sancione la conducta de los intraneus, en este caso serían los funcionarios públicos, que ejecuten la infracción con infidelidad al cargo que el Estado le ha confiado. Sin duda, se determina como una conducta ético – moral contraria, y esta conducta se puede verificar cuando los funcionarios públicos, de forma dolosa se apoderan de los bienes percibidos, administrados o que se entreguen en custodia en base a su cargo, esta perspectiva es básica para la determinación judicial de la responsabilidad penal.

La intangibilidad de los bienes del Estado se ha considerado como otro elemento aleatorio respecto de la infidelidad establecida en el hecho de que el funcionario público, tiene el deber por encargo del Estado, en defender y garantizar el patrimonio entregado a su administración (Moreno, 2018). De esta manera, el sujeto activo del delito no solo que lesiona la fidelidad que se le atribuye, sino que, de manera injusta intenta un enriquecimiento a costa de la cosa pública en forma dolosa.

Respecto del enriquecimiento ilícito del funcionario, con relación a la cosa pública. Se reconoce que este aspecto complementa los aspectos

anteriores para incidir en la unidad del bien jurídico, por ser que el agente en este tipo de delitos, no solo que atenta contra la fidelidad y el deber de proteger el patrimonio del Estado, sino que de manera lesiva se aprovecha para disponer en beneficio individual de los bienes que le pertenecen al Estado (Ojeda, 2018). De esta manera, la fidelidad funcional y el perjuicio patrimonial en contra del Estado, esto aunado al enriquecimiento ilícito con la cosa pública, son los elementos que constituyen a la unidad del bien jurídico protegido en el peculado.

De lo expresado en líneas anteriores, de forma concreta, se reconoce como un delito pluriofensivo, lo que lleva a proteger tres bienes jurídicos protegidos específicos:

1. La correcta administración del patrimonio estatal.
2. El poder y la administración pública
3. Patrimonio estatal

De estos, se puede confluir en un bien jurídico específico, siendo el bienestar común de la sociedad por el desarrollo normal de las actividades de la administración pública y el patrimonio.

Dominio del acto en el delito de peculado

La teoría del dominio del acto se da en contexto de la imputación penal que se basa en la idea de que una persona solo puede ser responsable de un delito si fue capaz de controlar el acto que cometió. Esta teoría sostiene que una persona solo puede ser responsable de un delito si tenía el control sobre el acto, y que sólo se puede responsabilizar a una persona si hay pruebas de que cometió un delito de manera consciente y voluntaria. La teoría del dominio del acto enfatiza la responsabilidad individual de la persona, ya que se cree que una persona que tiene un control adecuado sobre sus acciones puede tomar decisiones éticas y responsables. Esta teoría también se centra en la intención de la persona, ya que se cree que la intención es importante para determinar si un acto fue realizado de manera deliberada o no.

El delito de peculado se tipifica en la norma penal ecuatoriana, y regula que los servidores públicos y las personas que actúen en función de una potestad estatal en las instituciones del Estado, en beneficio propio o de terceros; abusen, se apropien, dispongan de forma arbitraria de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos. De lo expuesto, se

desprende que, la actuación del funcionario público que ejerce las funciones de administración que le faculta la ley, dispone del erario público (Pulido, 2017). En base a los conceptos desarrollados en los párrafos anteriores, se podría también encuadrar en el funcionario público que, bajo voluntad, conciencia e intención atenta contra el deber de lealtad hacia las funciones que le ha encargado el Estado y toma para beneficio persona o de un tercero los activos estatales.

Participación Criminal en el Delito de Peculado

Para entender la participación, es imperativo partir del sujeto activo del delito, reconociéndose como aquel que ejecuta el hecho delictivo, en este caso el funcionario público que se le ha dotado de una potestad estatal para ejercer actividades dentro de la dinámica de la administración pública. No obstante, el funcionario público debe cumplir ciertas características, siendo la principal que sea responsable del erario del Estado como aspecto indispensable para la configuración del tipo (Sutherland, 2018).

En base a lo expuesto, el sujeto activo debe tener una posición de cargo y administración, debiendo estar en el ejercicio de funciones y cometer la infracción. Cuando el funcionario o un particular sustrae parte del patrimonio del Estado, sin que ostente la posición de cargo y administración, se entiende que no estaría cumpliendo con los requisitos del tipo penal para que se pueda determinar el peculado. El actor directo es aquel que realiza directamente el hecho típico, mientras que el actor mediato actúa de manera inmediata para preparar, facilitar o ejecutar la comisión del delito. Los coautores son aquellos participantes que contribuyen con actividades a la realización de un delito conjunto, pero sin requerir una actuación directa.

Al analizar la participación criminal en el delito de peculado es imperativo estudiar la teoría del Extraneus. En este sentido (Conejeros, 2017) sostiene:

el tratamiento penal de aquellos sujetos en quienes no concurre la calidad especial o cualificación, y que intervienen en estos delitos. Esta cuestión, ha sido especificada por la dogmática, como el problema de la

comunicabilidad de la calidad especial del sujeto activo en supuestos de intervención conjunta o participación de extraneus, o el tratamiento penal de la intervención de sujetos no cualificados en delitos especiales. (p. 11)

En este sentido es necesario estudiar como la norma penal actúa cuando un sujeto activo como intraneus realiza una actividad delictiva familiarizada con el delito de peculado con un sujeto que no cumple la calidad especificada en el tipo penal extraneus.

En el delito de peculado en el estado ecuatoriano reconoce la posibilidad de imputar responsabilidad penal a sujetos no calificados como lo requiere el tipo penal. Al respecto la jurisprudencia y la Constitución de la República del Ecuador (2008) al referirse al contexto del delito de peculado señala: “Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas” (Art.233). Se sujetan a las sanciones establecidas por el delito de peculado y se aplicarán también a quienes participen en estos delitos, a pesar de no tener las calidades señaladas siempre y cuando uno de los actores principales del delito tenga la calidad de funcionario público y el dominio del tipo penal.

III. METODOLOGÍA

Enfoque de la investigación

La metodología utilizada en el presente artículo se determina por medio del enfoque cualitativo. El método aplicado es el Inductivo-Deductivo, comprendiendo así que la deducción permite establecer un vínculo de unión entre teoría y observación. Permite deducir a partir de la teoría los fenómenos objeto de observación, y el inductivo conlleva a acumular conocimientos e informaciones aisladas, para establecer si se puede dar o no la conciliación en casos de delitos de peculado.

Además, se fundamenta en el método análisis documental, este se sustentará por medio de categorías fundamentales por medio desarrollo teórico y de documentos normativos como en el Código Orgánico Integral Penal, como la brindada por instituciones ya que estas apoyan con información para obtener una idea clara sobre el tema de estudio.

Discusión

Para que la justicia restaurativa y la conciliación sean doctrinariamente viables ante el delito de peculado, se debe cumplir con las siguientes premisas:

- a. La respuesta a la infracción debe reparar el daño que ha sufrido la víctima.
- b. Que los infractores asimilen que su conducta es inaceptable, además se garantice la no reincidencia y la prevención del delito.
- c. Los infractores deben reconocer la responsabilidad de sus actos.

1.- Para justificar la premisa (A) es pertinente cuestionarse lo siguiente: ¿Cómo se puede reparar el daño que ha sufrido el Estado?

A sabiendas que el perjuicio para el Estado como consecuencia del delito de peculado incide en el plano económico y la fe en la administración pública. En primer lugar, es necesario que se puedan recaudar los valores perdidos y los valores no percibidos a consecuencia del delito de peculado (daño emergente y lucro cesante); pero además, es necesario que se tomen medidas no privativas de la libertad que garanticen la no reincidencia y la prevención, medidas como la prohibición de contratar con el estado o medias de carácter pecuniaria.

Es necesario aclarar en este punto que legalmente la conciliación para el día de hoy es inaplicable en el estado ecuatoriano bajo los parámetros del Art. 663 (COIP, 2014) ya que el delito de peculado es sancionado con más de 5 años de pena privativa de libertad y además es un delito contra la eficiente administración pública. Sin embargo, bajo El principio de mínima intervención penal el carácter subsidiario y fragmentario de la norma penal es necesario plantearnos que existen casos muy específicos donde la aplicación de la conciliación y la justicia restaurativa es más útil, eficiente y tiene menor costo para la administración pública sobre todo en los casos de ínfima cuantía. Se debe entender que existen mecanismos legales más adecuados que la privación de la libertad para alcanzar el control social que busca el derecho penal y además asegurar la protección de los bienes jurídicos más relevantes y por medio de medidas no privativas de libertad asegurar la no reincidencia y la prevención.

En este sentido se puede incidir en una lege

ferenda en donde se establezcan condiciones, en las que se pueda dar la conciliación en peculado, siempre y cuando se considere una pena inferior a 5 años para los casos de peculado con menos de 30 salarios básicos unificados conforme el numeral 2 del Art. 663 (COIP, 2014). En este sentido se pueden configurar medidas no privativas de libertad destinadas a asegurar la no reincidencia y la prevención del delito y además medidas de reparación integral a los activos perjudicados al Estado.

En este punto es necesario cuestionarnos ¿Existe una verdadera necesidad para aplicar la conciliación en delitos de peculado? La necesidad de la aplicación de la conciliación se sustenta, en un análisis costo beneficio. En los casos en que los montos afectados resultantes del delito de peculado no son excesivos, es más beneficioso para el estado buscar una conciliación que asegura la reparación integral y los fines del estado. Al respecto, ya se ha sido claro que bajo el principio de legalidad no se podría aplicar la conciliación en los delitos contra la eficiencia de la administración pública.

De las sentencias condenatorias con un posible perjuicio estatal ¿cuántas de estas han logrado efectivamente cumplir con una reparación integral? No existe en el estado ecuatoriano un dato que visibilice la efectividad de la reparación integral. Esto en relación con la naturaleza delictiva y el bien jurídico tutelado justifica la necesidad de tratamiento penal ante casos con una ínfima cuantía, en este sentido y para estos casos se hace más adecuado y beneficioso un método como la conciliación que nos permite reducir los casos sometidos al proceso penal y centrar los recursos en los casos más trascendentes.

En este sentido y con relación al principio de proporcionalidad y mínima intervención penal sobre el delito de peculado (COIP, 2014, Art. 278), se puede verificar que el juzgador al omento de juzgar y sancionar con una pena no puede graduar o proporcionar la pena más allá de los diez y trece años, verbigracia, si un funcionario público comete peculado por un valor de cien dólares, el juzgador, no puede hacer más que sancionar con una pena de diez años. Lo que podría concebirse como desproporcional, por impedir un análisis estructural a igual sanción igual pena. De esta manera se justifica la premisa para la viabilidad de la conciliación en este tipo de delitos y que efectivamente se pueda tomar en

cuenta los montos de perjuicio para el Estado o en el contexto financiero, como ya se lo ha hecho para otros delitos, hablando específicamente del caso de delitos contra la propiedad, en donde se establece un monto máximo para poder acceder a la conciliación.

Dado el caso, que el perjuicio por peculado, sea un monto que no exceda los 30 SBU, se podrán dar una conciliación. De tal manera que al aplicarse la conciliación en estos delitos de peculado donde varios de ellos no superan los 13500 dólares para el año 2023 de perjuicio ocasionado al bien jurídico protegido por parte de los servidores públicos, denominados sujetos activos calificados, se reduce los gastos y el tiempo que incurran los mismos, actuando bajo el principio de economía procesal y de esta manera se podría reducir la carga procesal tanto para los fiscales como para los jueces de las unidades penales. Lo expuesto, como plano propositivo y se determina como un punto de vista, de quien suscribe.

2.- Para justificar la premisa (B) es pertinente cuestionarse lo siguiente: ¿Cómo pueden entender los infractores y la sociedad que su conducta es inaceptable? y ¿Cómo garantizar la no reincidencia y la prevención del delito?

Al concebir la conciliación en los delitos de peculado con los argumentos vertidos en los párrafos anteriores y con sus respectivas limitaciones, es indispensable que se acuerden medidas acordes para establecer que el sujeto activo de la infracción penal comprenda el repudio de la conducta del delito de peculado. Este carácter cognitivo debe además estar respaldado a nivel individual con la no reincidencia y a nivel general con la prevención del delito. La conciliación en los delitos de peculado cuyo monto no exceda más de 30 salarios básicos unificados debe además tomar medidas no privativas como:

1. La reparación integral del daño causado,
2. El pago de los gastos legales y administrativos en los que ha incurrido el estado para procesar el delito investigado,
3. La imposición de multas radicadas en la capacidad económica del sujeto procesado y estiradas en el tiempo de forma proporcional,
4. El sometimiento voluntario a una prohibición de contratar o trabajar para el estado,
5. No tener vigente otra sentencia o proceso penal en curso, ni haya sido beneficiada por una salida alternativa en otra causa

6. Disculpas públicas a los ciudadanos ecuatorianos, y
7. La publicación de la efectiva reparación de los activos afectados al estado.

En este sentido quienes han cometido la infracción del delito de peculado deben valorar menos pernicioso para su persona aceptar esta conciliación que someterse a una pena privativa de libertad. En este sentido además la sociedad tendrá un criterio más efectivo de la justicia penal ante estos casos y se garantiza la prevención y no reincidencia. Así mismo existe un beneficio para el estado ya que el procesamiento y juzgamiento penal de una persona acarrea costos superiores a los que se pretende recuperar cuando la cuantía es inferior a 30 salarios básicos unificados.

3.- Para justificar la premisa (C) es pertinente cuestionarse lo siguiente: ¿Cómo los infractores pueden reconocer la responsabilidad de sus actos?

La conciliación y su justificación propuesta en párrafos anteriores viabiliza que para que exista conciliación y un acuerdo mutuo entre el estado y el sujeto activo de la infracción penal debe reconocerse la responsabilidad sobre los actos realizados sin que esto implique una violación a la prohibición de autoincriminación. Al momento en que los infractores reconocen su conducta y reparar integralmente el daño causado de forma pública, se responsabilizan de sus actos y además reconocer lo inapropiado de su actuar y para evitar el sometimiento a una pena privativa de libertad, con la garantía de no reincidencia y prevención del delito por las demás medidas no privativas de libertad.

Sobre estos análisis puede entenderse a la conciliación como un proceso de resolución de disputas mediante el diálogo y el acuerdo entre las partes involucradas, sin necesidad de recurrir a una sentencia judicial. Esta técnica es muy útil para resolver conflictos, prevenir la litigación y asegurar la correcta utilización de recursos. En cuanto a los delitos de peculado, la conciliación se presenta como una herramienta útil para alcanzar un acuerdo entre el estado como titular del ius piuniendi y además como víctima y con la persona procesada. Esto permitiría que los involucrados llegaran a un acuerdo de reparación, garantizando la prevención delictiva y evitando la reincidencia por parte del procesado, evitando así el desgaste judicial y garantizando la

correcta distribución de recursos.

Alrededor del desarrollo de este trabajo se considera la conciliación como una herramienta útil y práctica en los delitos de peculado con una ínfima cuantía. Sin embargo, pese a que la doctrina contempla criterios favorables para aplicar la conciliación en favor del delito de peculado, la normativa legal no la viabiliza la posibilidad de aplicar la conciliación ante ningún caso de peculado. En este sentido no podemos dejar toda la prevención delictiva a la conciliación es necesario también tomar medidas de política criminal que, a través de una estricta vigilancia, la implementación de normas, procedimientos de control interno permitirá reducir la corrupción y mejorar la eficiencia de la administración pública.

IV. CONCLUSIONES

Posterior al desarrollo del presente trabajo es necesario comenzar concluyendo que para el día que se presenta esta investigación la conciliación es legalmente improcedente en los delitos de peculado, debido a que el Art. 663 (COIP, 2014) establece como improcedente ante los delitos de administración pública y en los casos de delitos sancionados con más de 5 años de pena privativa de libertad. En este sentido el delito de peculado conforme está tipificado en la noma penal ecuatoriana se encuentra inmerso en estas dos prohibiciones. Sin embargo, del análisis doctrinario el principio de mínima intervención penal, proporcionalidad, los caracteres retributivos y fragmentarios del derecho penal, las finalidades del derecho penal y la reparación integral, además de las características pragmáticas como la correcta utilización de recursos de la administración de justicia, la minimización de la carga procesal resulta la conciliación para los delitos de peculado con una ínfima cuantía como un mecanismo viable que garantiza eficazmente la recaudación de lo perdido, la no reincidencia y la prevención general, al mismo tiempo que de forma accesoria presenta mecanismos distintos al hacinamiento carcelario.

Así mismo se concluye que es necesario establecer la conciliación dentro de los procesos penales en los delitos de peculado a fin no solo evitar la pena privativa de la libertad perniciosa para el procesado y su entorno, sino una adecuada aplicación de mecanismos que aseguren un mejor abordaje de la

reparación al bien jurídico tutelado, fortalecer la prevención delictiva y además crear procesos más adecuados de rehabilitación y reinserción. Por medio de la conciliación se pueda restituir a la Estado y la sociedad el daño provocado aplicando efectivamente los principios de mínima intervención penal y proporcionalidad.

La conciliación en delitos de peculado que no excedan de los 30 salarios básicos unificados conforme criterio similar que mantiene el COIP (2014, Art. 663.2). Debe ser considerada como uno de los mecanismos de solución con el que pueden contar las partes procesales en un proceso penal, mismo que podría ser aplicado bajo los principios de economía procesal y proporcionalidad determinados por la Constitución del Ecuador.

La justicia restaurativa es una forma de abordar el conflicto y la responsabilidad en los delitos a través de un proceso de negociación entre el ofensor, la víctima y los miembros de la comunidad. Esta forma de justicia busca restaurar a las víctimas de un delito, así como también a los ofensores, a través de la comprensión mutua, el diálogo, la reconciliación y la reparación. El objetivo principal es la restauración de la armonía entre las partes involucradas. La justicia restaurativa es una alternativa al sistema de justicia penal tradicional en el que la víctima no es incluida en el proceso de discusión y las penas impuestas son más punitivas. Esta perspectiva de justicia se centra en la participación de la comunidad para garantizar que el ofensor y la víctima sean tratados de manera justa. En lugar de utilizar la pena como medida de justicia, la justicia restaurativa promueve el diálogo y la reconciliación para alcanzar una solución satisfactoria para ambas partes. El objetivo es ofrecer a todos los involucrados la oportunidad de recuperar la dignidad y la estabilidad a través de la reparación de los daños sufridos. La mínima intervención penal con carácter subsidiario y fragmentario es una política de justicia penal que busca restringir de manera sistemática los recursos y el tiempo dedicado a la aplicación de medidas coercitivas. Esta propuesta se fundamenta en el respeto por los derechos fundamentales de las personas, en especial el de la libertad, así como en el principio de proporcionalidad. El objetivo es reducir la carga que supone la aplicación de medidas coercitivas a la vez que se protege el bien jurídico tutelado por el ordenamiento penal. Esto se logra

a través de la aplicación de medidas alternativas que sean menos restrictivas para los individuos. La mínima intervención penal con carácter subsidiario y fragmentario considera que la aplicación de medidas coercitivas debe ser siempre la última opción y en la medida de lo necesario para preservar el bien jurídico tutelado. Esto supone, por tanto, una limitación al poder punitivo del Estado, con el fin de evitar la criminalización excesiva.

IV. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Organización de las Naciones Unidas. (2019). Manual sobre programas de Justicia restaurativa. New York: ONU.
- Ávila Santamaría, R. (2017). El Código Orgánico Integral Penal y su potencial aplicación garantista. Quito: Revista Derechos y principios generales.
- Beccaria, C. (2018). Tratado de los delitos y las penas. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 16.
- Buompadre, J. (2016). Delitos de la Administración Pública. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 13.
- Burgos, Á. (2018). Sujeto activo en el delito de peculado. *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, 23.
- Castro. (2017). La conciliación en delitos penales. IDEN, 34.
- Andrade, P. (2016). Los mecanismos de solución en la mediación. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 14.
- Conde Salgado, R. (2017). *Dialéctica y Derecho*. Madrid: ESIC.
- Conde, G. (2016). Reseña de "El Derecho penal: de Roma al Derecho actual". *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 27.
- Cueva, L. (2019). Delitos de peculado. *DOXA*.
- Delgado, F. (2018). Peculado en la ley penal. *UITE*, 35.

- Falconi, R. (2017). *Derecho Penal*. Mexico: Astrea.
- Ferreira, F. (2017). *Derecho Penal*. Guatemala: Temis.
- Flores, G. (2017). *Manual de Practicas Procesal en los Juicios por Peculado*. Masrid: ESIC.
- García, P. (2018). *El peculado en el erario público*. Monterrey: Conmemoración.
- Limaico, S. (2017). Mínima intervención. *Glossae*, 37.
- Molina, C. (2018). Efectos del peculado. *DOXA*, 28.
- Moreno, S. (2018). Celeridad Procesal. *Historia, instituciones, documentos*, 35.
- Ojeda, L. (2018). Tratamiento mediático de los delitos de cuello blanco o del poder. *REDIT*, 42.
- Pulido, M. (2017). *Lecciones de Derecho Penal*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Solorzano, M. (2015). La conciliación. *DOXA*, 19.
- Sutherland, E. (2018). Delitos de cuello blanco. *Sur Academi*, 48.
- Cueto, E. (2020). *Investigación Cualitativa*. ASD.
- Sanchis, P. (2018). *Apuntes de Teoría del Derecho*. Madrid: Trotta.
- Ley de Arbitraje y Mediación. (2006). mediacion. Ecuador : Asamblea Nacional .
- Arturo, S. (2017). Los actos ilícitos en el derecho romano. *Universitas*, 9.
- Ozafrain, L., & Flores, L. (2016). Necesidad de Promover el principio de mínima intervención. *RETG*.
- Zambrano, A. (2016). Procesal penal. *Revista de derecho* .
- Fiscalía General de Chimborazo. (2022). Riobamba : Asamblea General .
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2014). Código Orgánico Integral Penal. *Registro Oficial Nro.180*. Quito, Ecuador: CEP.
- Asamblea Constituyente del Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador. *Registro Oficial 449*. Montevristi, Ecuador: CEP.
- Naranjo, G., Espinosa, J., Mesías, C., & Sanabria, J. (2022). Principio de proporcionalidad de las penas en el delito de peculado. Caso de estudio Ecuador. *Universidad y Sociedad*, 14(S4), 287-297.
- Conejeros, R. (2017). *Comunicabilidad en los delitos especiales, intervención del extraneus en el delito de malversación de caudales públicos del art. 233 del Código Penal*. Santiago de Chile: Universidad de Chile.