

EL PECULADO BANCARIO*

Dr. Reinaldo Calvachi Cruz

El peculado que se encuentra tipificado en el artículo 257 del Código Penal, es una figura penal que sanciona la violación de la correcta marcha de la administración pública en su aspecto patrimonial por parte de un funcionario público. El legislador a través de la ley penal busca precautelar la funcionalidad de la administración pública vinculada a sus funcionarios, lo que implica que de por medio estén implícitos los objetivos y fines del Estado.

En el país se extendió la figura del peculado a los funcionarios bancarios en octubre de 1941,¹ y a partir de mayo de 1999,² de manera general a los de las instituciones financieras privadas. Esta extensión general de la norma es la que se ha denominado como peculado bancario. Debido a la extensión de la figura es menester analizar si la misma responde a criterios jurídicos válidos, o si por el contrario, presenta defectos que desnaturalizan el tipo de delito.

Debe recordarse que en nuestro país, de manera muy frecuente, se han incorporado nuevos tipos legales al sistema penal debido a necesidades coyunturales por hechos que han causado alarma social. Estas reacciones o respuestas legislativas que se han dado a aquellos hechos, han sido muchas veces desafortunadas, ya que las mismas no han guardado una adecuada técnica jurídica.

Por otro lado, si la seguridad jurídica deviene en una correcta legislación, interpretación y aplicación de las normas sustantivas y adjetivas, es una necesidad que las mismas deban guardar coherencia y armonía con sus propios postulados; por ello, todo tipo legal debe establecer una vinculación lógica y fáctica con el hecho que pretende

* Artículo publicado originalmente en la Revista IURIS DICTIO, Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Año, No. 2, julio 2000.

sancionar. La hipótesis de hecho debe guardar correspondencia con la realidad social.

Si constatamos que la actividad pública y la actividad financiera privada tienen distintos campos de acción y les rigen principios y objetivos distintos, es natural concluir que un tipo penal que indiscriminadamente sanciona el abuso de fondos en ambas actividades pueda generar una suerte de ambivalencias o injusticias.

En el caso del peculado, la extensión general de la norma a los funcionarios del sistema financiero privado, parecería que adolece de una inadecuada técnica jurídica, así como, de severas deficiencias que desnaturalizan el objetivo de punibilidad de la norma. Apenas doce años después de las reformas de 1941, Andrés F. Córdova ya criticaba que estas falencias han provocado los efectos contrarios a lo que buscaba el legislador.³

El presente artículo pretende realizar un análisis de los elementos que integran la tipicidad del delito de peculado, contrastando la actividad de la administración pública y la actividad de las instituciones financieras privadas y si es del caso, determinando los defectos.

La tipicidad en el delito de peculado

En la teoría del delito uno de los elementos que integran la estructura del delito es la tipicidad. Las leyes penales características contienen el precepto o hipótesis abstracta y la sanción y, en ese sentido, la tipicidad es la adecuación de la conducta humana con aquella hipótesis previamente descrita en la ley. La tipicidad, -para delimitar el acto y atribuir la responsabilidad- opera a través de elementos descriptivos, normativos y subjetivos.

La tipicidad en el delito de peculado es compleja, y contiene elementos que hacen referencia a un sujeto activo determinado; por la naturaleza de los bienes jurídicos que protege, implícitamente a determinados sujetos pasivos; a determinados objetos materiales que en este caso son bienes muebles; a la acción nuclear que es el elemento central de la conducta; a elementos subjetivos que se enlazan con la culpabilidad; y, a elementos extraños a la conducta pero que integran la acción penal.

La tipicidad también indica el bien jurídico penalmente protegido, que no es otro que un interés al cual el legislador ha otorgado una valoración especial que merece una protección penal.

El bien jurídico protegido

El bien jurídico penalmente protegido u objeto jurídico del delito, como se dijo, constituye el interés o intereses o bienes que se busca proteger a través de la norma penal. Estos intereses o bienes serán aquellos sobre los cuales ha recaído el efecto jurídico del delito.⁴

El delito de peculado en nuestra legislación se encuentra ubicado entre aquellos que afectan en su patrimonio a la administración pública, sin embargo, ha sido y es una cuestión ardua, el determinar exactamente en que consiste la administración pública, máxime aún, si la misma organización estadual moderna ha entrado en crisis y se ve abocada a un cambio profundo. Sin entrar a discernir esta cuestión, es necesario recalcar que este delito afecta al patrimonio público, entonces, admitiendo que existen otras formas no patrimoniales de afectar ilícitamente a la administración pública, procuraremos ubicarla en tanto sus manifestaciones fácticas. Así, desde un punto de vista patrimonial, la administración pública puede ser verificada a través de la actividad de las instituciones del Estado. Cancino, manifiesta que "con el comportamiento tipificado como peculado se lesiona o se pone en peligro la administración pública que en principio se ha considerado como la actividad funcional del Estado y de los restantes entes públicos."⁵ A efectos de determinar la institucionalidad del Estado, la actual Carta Política enumera los organismos y entidades que forman el sector público. Sin embargo, no es menos cierto que la funcionalidad del Estado, en tanto sus bienes, también puede ser realizada por ciertas actividades de manera mediatizada a través de entidades y personas particulares. Se concluye, entonces, que la administración pública como bien jurídico protegido que consta en el Título III, Capítulo V del Código Penal, para efectos penales debe ser verificada en su funcionalidad a través de las instituciones del Estado y de su actividad mediatizada.

Por otro lado, en el peculado existe un sujeto activo calificado, el funcionario público; por ello, entonces, se hace necesario determinar objetivamente qué objetos jurídicos son los afectados directamente ya que

la administración pública es genérica. Estos objetos jurídicos serían dos: por un lado, el deber de probidad, lealtad, fidelidad del funcionario público, que es en definitiva, una suerte de fe pública⁶ depositada por mandato legal en aquel funcionario, quien al incurrir en este delito ha faltado precisamente a su deber de probidad para con la sociedad toda;⁷ y por otro, la falta al deber se materializa causando un perjuicio al patrimonio público. Es por consiguiente, un delito en el cual el funcionario público afecta al correcto desenvolvimiento de la administración pública⁸ perjudicando su patrimonio.

Ahora bien, ¿corresponden los mismos bienes jurídicos penalmente protegidos cuando se trata de instituciones financieras privadas? La respuesta es no, ya que los intereses y derechos del Estado son distintos a los de estas instituciones privadas.

La actividad de las instituciones financieras privadas descansa en la confianza del público y ésta no es equivalente a la fidelidad pública. Así mismo, en principio, la afectación recae sobre los bienes que pertenecen a la misma institución privada. Por ello, se concluye que en general los objetos jurídicos afectados en el caso de una institución financiera privada, son la confianza del público y el patrimonio privado. Sin embargo de lo expresado, cabe que se distingan las siguientes situaciones: Cuando el perjuicio causado a la institución financiera no atenta contra el correcto desempeño de la misma, los bienes jurídicos protegidos se contraen a la confianza depositada por la institución financiera en su funcionario y a los bienes patrimoniales de aquella, en este caso, la alarma social es mínima. Si por otro lado, producto del ilícito se afecta la actividad de la institución financiera, el bien jurídico protegido es la confianza del público y el patrimonio de los clientes, en este caso la alarma social es grave. En uno y otro caso, -debido a la gravedad del perjuicio-, la titularidad del bien jurídico penalmente protegido se desplaza. Esto no sucede en el caso de la administración pública ya que allí el bien jurídico más relevante es el deber de fidelidad del funcionario, y por lo tanto, es indiferente el monto del perjuicio.

Por otro lado, es un hecho que las instituciones financieras privadas manejan fondos públicos, en este caso también hay que hacer una distinción: Si del perjuicio aparecen bienes públicos, la figura podría

revestir un agravante de un delito financiero por la alarma social que causa la infracción o en su defecto, -analizando el tipo-, se trataría de una extensión de la tipificación del peculado y en ese caso se estaría ante un peculado impropio. Carrara afirma que "La *impropiedad* de un título suele provenir de que en determinada figura criminosa falta alguna de las condiciones esenciales y constitutivas del título *propio*", pero es necesario aclarar, que éste es un caso de excepción, pero ello, no implica una generalización de la extensión. En ambos casos los bienes jurídicos penalmente protegidos, serán aquellos que correspondan al tipo legal específico.

La extensión general del delito de peculado que contempla el Código Penal puede provenir del hecho que se confunde aquella manifestación de fe pública con la confianza depositada por la sociedad en las instituciones financieras privadas. Las dos no son sinónimas ni pueden asimilarse, ya que si ello se hace, se desvirtúa la funcionalidad y objetivos del Estado con las del ámbito privado. La jurisprudencia ecuatoriana ha asimilado como sinónimos la fe pública depositada en un funcionario público y la confianza colectiva depositada en las instituciones financieras y sus funcionarios, interpretándolos como similares para efectos del delito de peculado. Aunque la alarma social en los dos es grave, esto no significa que se constituya en el eje que los una.⁹

El sujeto activo

El sujeto activo es, como dice Albán, "el agente que ejecuta el acto delictivo y que debe, en consecuencia sufrir la pena correspondiente"¹⁰. En el peculado el sujeto activo no está referido a indeterminada persona, sino que éste tiene una especial calificación en virtud de su posición en la sociedad, y que para el caso lo constituyen los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público.

Para determinar las personas a que se refiere la norma legal se debe hacer referencia como marco general a la actual Constitución Política, la misma que describe quienes ejercen funciones públicas, así, en los artículos 122 y ss. se determina que son los dignatarios, autoridades, funcionarios y servidores públicos, por lo tanto, se entiende que son

sujetos activos del delito de peculado quienes hayan sido elegidos mediante votación popular, -incluidos los diputados-, los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, los funcionarios de libre nombramiento y remoción, los designados para período fijo, y los servidores públicos regulados dentro del marco legal del servicio civil y carrera administrativa.

El Código Penal también incluye en el tipo legal del peculado como sujetos activos a los servidores que manejen fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los bancos estatales; los servidores de la Contraloría General y de la Superintendencia de Bancos para ciertos actos en que hayan intervenido; de igual forma, en ciertos actos a los servidores de la Dirección General de Rentas y a los servidores de aduanas. Estos servidores también forman parte de las instituciones del Estado, y por tanto, su inclusión no contraría la determinación del tipo sobre el sujeto activo.

La doctrina y la jurisprudencia han intentado en diferentes épocas definir al funcionario o servidor público, ya que en nuestra legislación penal se utiliza sinónimamente los términos empleados, servidores, funcionarios, etc. No es interés de este artículo conceptualizar el marco legal que define al servidor público, sin embargo, debe anotarse que los demás cuerpos legales deberán armonizar sus disposiciones con la norma fundamental. Complementando lo expresado, no cabe duda que el eje que apunta a su descripción y que tiene relevancia para efectos penales es que la persona que ostenta dicha calidad desempeña una dignidad o función pública en una institución del Estado.¹¹ Por lo expuesto, en el tipo legal del delito de peculado debe interpretarse como servidor público a todas aquellas personas que ejercen funciones públicas bajo el marco general de la norma constitucional.

Por otro lado, el tipo legal también hace una extensión e incluye como sujetos activos a determinadas personas particulares que no son servidores públicos. Desde octubre de 1941 hasta mayo de 1999, sólo se extendía a los funcionarios y empleados bancarios privados, por ello, cometen también peculado quienes laboren en los bancos privados nacionales.

A partir de la última fecha, se amplía la extensión a los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del sistema

financiero nacional privado, así como a los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades, a los beneficiarios dolosos de los créditos vinculados y a quienes hayan prestado su nombre para beneficio propio o de un tercero.

En definitiva, actualmente no sólo son sujetos activos de peculado los funcionarios y empleados bancarios, sino todos aquellos funcionarios que dirigen, administran o laboran en las instituciones del sistema financiero privado nacional, esto debe entenderse de conformidad con la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.¹²

Como se ve, esto genera una distorsión, ya que una persona que labora en una institución financiera privada no ostenta la calidad de funcionario público, ya que para ello requiere estar investido de dicha calidad con las formalidades que la ley pública establece. El marco legal que regula la actividad del funcionario o servidor público no es el mismo que el que regula al particular que labora en una institución financiera privada, su posición en la sociedad y sus obligaciones son distintas. Por consiguiente, confundirlas en una misma posición para efectos de su juzgamiento, sólo acarrea confusiones para efectos de las normas aplicables, así como, una extensión peligrosa de dichos preceptos legales por una interpretación forzosa de la normas.

Por otro lado, se podría entender que las instituciones financieras privadas, especialmente las bancarias, pueden ser entendidas, -para ciertos efectos-, como personas encargadas de un servicio público y que sus funcionarios ejerzan funciones públicas. Sin embargo, la misma Constitución Política dice en su artículo 118, numeral 5, que sólo las personas jurídicas creadas por la Constitución, la ley o acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos, integran el sector público. De igual manera, tampoco el funcionario bancario como persona natural puede ser encargado de un servicio público. Para que una institución del sistema financiero privado pueda ser considerada como persona encargada de brindar dicho servicio, debe primero cumplirse con el mandato constitucional, y adicionalmente, determinarse en que consistirá el servicio público, es decir, cuál será el servicio que prestará a nombre del Estado.

Por otro lado, ¿Podría entenderse como una delegación puntual de la administración pública, la facultad de que una institución bancaria sea agente de recaudación de ciertos tributos? Si así lo fuera, sólo lo será en virtud del manejo de esos fondos públicos, por ello, cabe que un funcionario bancario privado cometa peculado impropio respecto de aquellos fondos que están en su poder por delegación, siempre y cuando se pueda individualizar el ilícito, ya que si se lo cometió sobre los fondos comunes de la institución o banco y entre ellos están los fondos públicos, entonces es imposible determinar si la sustracción o apropiación es respecto de unos u otros fondos, en ese caso, existirá un delito financiero agravado más no peculado.

Si hubiese una delegación formal, ésta no significa que la empresa privada pasa a ser pública, tampoco, sus funcionarios o empleados ejercen funciones públicas. La Constitución Política y Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada establecen los parámetros para la delegación y en ningún caso determinan que las empresas privadas, por el hecho de mediatizar en la actividad de prestar servicios públicos, formen parte del sector público, y menos aún, sean una institución del Estado. Si se diera el caso de una afectación de los dineros públicos por parte de un funcionario de una empresa delegada, y se cumplieran los otros elementos del peculado, podría caber esta figura por extensión como peculado impropio.

Como se desprende del análisis precedente, cuando por excepción se produce un caso de peculado impropio, la falta del sujeto activo es justificada especialmente por los bienes públicos y por la facultad de disposición que sobre ellos tiene como sujeto activo por extensión y sólo en ese caso.

En conclusión, formal y lógicamente no son asimilables las posiciones legales, -derechos y obligaciones-, de un funcionario o servidor público con un funcionario de una institución financiera privada. Nuestra jurisprudencia ha debido forzar conceptos e interpretar extensivamente las normas legales para hacer compatible el juzgamiento como peculado propio a un funcionario bancario.¹³

Por otro lado, la jurisprudencia ecuatoriana ha discutido si se comunica la circunstancia personal de funcionario público a un particular que ha participado en el delito, y por lo tanto, si éste debe recibir la misma calificación del sujeto activo. El tipo legal nada dice al respecto y debido a ello la controversia, sin embargo, es indudable que sí se comunica, ya que la circunstancia particular forma parte del tipo, y al ser un delito doloso, el particular conoce aquella circunstancia.¹⁴

La Constitución Política en el segundo inciso del artículo 121, determina que la circunstancia personal del sujeto activo sí se comunica, al decir que, las normas que sancionan el peculado se aplicarán a quien participe en el delito, aunque no tengan la calidad de funcionario público.

El sujeto pasivo

El sujeto pasivo de una infracción penal es el titular del bien jurídico afectado¹⁵, en el caso del peculado, en un sentido amplio, es la administración pública y por tanto, el Estado, pero el ejercicio de esa titularidad no la puede ejercer este ente social sino a través de las entidades y organismos del sector público, es decir, el Estado representado por sus instituciones que son los directos titulares del bien jurídico afectado.¹⁶ Recuérdese que el peculado no ataca al Estado en sí, sino a su funcionalidad, a su correcto desempeño en el aspecto patrimonial.

Si los bienes afectados pertenecen a un particular, pero el sujeto activo es un funcionario público, cabe la extensión del tipo legal, siempre y cuando aquellos bienes hayan ingresado a su poder en razón de su cargo. En este caso el interés público prevalece por el deber de fidelidad que debe guardar el funcionario público y el particular tendrá el derecho a indemnización.

Sin embargo, si el ilícito es cometido por un funcionario de una institución financiera privada sobre bienes privados, el sujeto pasivo será el particular ya que es el titular del bien jurídico afectado, en este caso, si la sustracción o apoderamiento se comete sobre los bienes de la institución sin afectar la normal actividad de la entidad, entonces, será aquella el sujeto pasivo. En este caso, como se ve, tampoco se justifica que el tipo legal lo designe como peculado propio, ya que no se cumplen los

presupuestos del bien jurídico afectado ni la calidad del sujeto activo, y tampoco se justifica la extensión porque la alarma social es mínima comparada con el caso del peculado propio.

Por otro lado, en el caso de que el ilícito produzca el cierre de la institución financiera privada, habrá que determinar dos situaciones: si los fondos son exclusivamente privados, los sujetos pasivos son todos los clientes de la institución financiera, y en este caso, tampoco se han cumplido los presupuestos del delito de peculado, y más bien se trataría de un delito financiero calificado. Pero si entre los fondos afectados existen públicos, se deberá determinar si el funcionario privado tenía facultad de disposición sobre los mismos, en virtud de alguna delegación específica y en este caso se podría extender el tipo legal.

El objeto material

El objeto material del delito "es la persona o cosa sobre la cual se ejecuta o recae la acción material del delito,¹⁷ y en el peculado lo constituyen los dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en poder del funcionario público en virtud o razón de su cargo.

No reviste problema alguno determinar cuáles son los bienes a los que se refiere el tipo, ya que es el dinero o bienes de cambio que le representen. Así mismo, no compete, para efectos del juzgamiento de este delito, el que se determine la legalidad o legitimidad acerca del origen de los dineros o bienes, basta que quien se repute como propietario, poseedor o tenedor haya determinado su vinculación jurídica con aquellos bienes en el momento en que ellos ingresaron al poder del funcionario público. Si hubiese una controversia sobre la licitud de su origen o la disputa sobre la titularidad de dominio, ésta deberá ventilarse en otro proceso ya sea penal o no.

Lo medular para dimensionar al objeto material, es que el tipo penal condiciona que los bienes, ya sean públicos o privados, deben estar en poder del funcionario público en virtud o razón de su cargo. Como se expresara, la calidad de funcionario público deviene en virtud de una función pública la que está determinada en el ordenamiento jurídico,

teniendo como marco a la Constitución Política. Siguiendo a la misma, se admite que los diputados puedan cometer peculado, sin embargo, éstos no tienen facultad legal de disposición sobre los fondos públicos, salvo el caso que intervinieren en la administración de la función legislativa, pero esto será la excepción, entonces, ¿cómo entender que un diputado pueda cometer peculado propio? El objeto de este artículo no es analizar la situación particular de los diputados, pero queda sentada la inquietud.

Volviendo al razonamiento principal, el problema es dilucidar el significado de la frase "que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo", para el efecto es necesario recordar que la función pública requiere una investidura formal, ya que el derecho público debe establecer un vínculo jurídico entre el funcionario y la función pública, para que aquel pueda ejercer su calidad legítimamente. El cargo público, entonces, deviene en investidura.

El funcionario de una institución financiera privada no ostenta cargos públicos, aunque si se entiende que cumpla una función, -si se quiere social-, dentro del ámbito privado, así, no cabe en lo jurídico calificar como cargo público la labor que desempeña un cajero o un gerente, estos son puestos o funciones privadas. Como vemos, tampoco aquí se cumplen los requisitos del peculado propio cuando se trata de funcionarios privados.

Por otro lado, se ha discutido sobre el significado de la frase "en su poder" y sobre este punto nuestra jurisprudencia no aporta con ningún criterio esclarecedor y solo da por sentado que los bienes están en su poder por la vinculación dimanada por la función,¹⁸ es decir, sólo describe la consecuencia fáctica que se deriva por el ejercicio de la función pública.

La frase "están en su poder" debe ser entendida como facultad de disposición, pero no en el mismo sentido de disposición que tiene el propietario o el poseedor, ya que el primero es el titular de dominio sobre la cosa, y el otro debe ejercerla con un ánimo de dueño. Es una facultad legal para disponer del bien dentro del parámetro que la misma normativa pública le impone y el cual deberá ser entendido bajo cuatro consideraciones: primero, que los bienes no le pertenecen al funcionario;

segundo, que ingresan a su poder transitoriamente; tercero, que los mismos ya tenían un destino pre-establecido; y, cuarto, que la facultad de disposición debe ser legal en virtud de su vinculación a la función pública. En consecuencia, la facultad de disposición es limitada, temporal, funcional y legal. Para Cancino, "Los bienes públicos o privados entran a ser objeto de administración por el funcionario o empleado oficial sin que sea necesario que se produzca un ingreso formalmente perfecto; basta pues, que el funcionario los reciba en calidad de tal y que tenga dentro de sus funciones las de administrarlos o custodiarlos."¹⁹, sin embargo, de estar de acuerdo en principio con este autor, es menester considerar que aunque las facultades de administración y de custodia son las más importantes, tal vez sean restrictivas, por ello, la facultad legal de disposición que se adopta permite dar una interpretación más amplia de la función pública para los casos concretos que corresponda juzgar.

El funcionario público, ejerciendo su facultad legal de disposición, deberá dar a los bienes el fin y uso para los cuales están destinados previamente, por ello, su vinculación con aquellos es limitada. Es temporal en relación al destino de los mismos y a la duración de su cargo. Es funcional ya que sin su intervención el bien no puede por si mismo desarrollar el fin u objetivo para el cual está destinado previamente. Es legal por la exigencias propias del derecho público que regula su función. En definitiva la vinculación del funcionario con los bienes que están en su poder nace de una determinación reglada previamente, y de igual manera, este criterio sirve para determinar si los bienes son públicos o privados.

La facultad legal de disposición puede ser directa si los fondos son manejados personalmente por el funcionario público, y puede ser mediaticada si está investido de la autoridad para que su facultad legal de disposición sea concretizada personalmente por otro funcionario.

El dinero privado puede estar en poder de un funcionario público por diferentes motivos, lo importante es que hayan ingresado a su poder en virtud de una norma legal pública previa que lo autorice, ya que en caso contrario no se cumpliría la exigencia del tipo legal. Esto también es aplicable a los fondos públicos.

La acción nuclear

El núcleo "es el elemento central de la tipicidad, el que determina y delimita el acto (acción u omisión) ejecutado por la persona"²⁰, y en el peculado, el verbo rector que utiliza el Código Penal es "abusar" de fondos o bienes. Abusar es usar mal, excesiva, injusta, impropia, e indebidamente de algo o de alguien, lo que significa que este verbo denota una serie de posibilidades que van desde la apropiación hasta un uso distinto a los previstos legalmente.

La doctrina ha definido al peculado como apropiación o sustracción, así, para Carrara 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."²¹ Para Gómez "la materialidad del delito consiste en la de sustracción de los caudales o efectos..."²², para Creus "la acción reprimida es la de sustraer, con lo que se significa la de extraer o quitar los bienes de la tenencia -efectiva o simbólica- con que en ámbito administrativo han sido colocados por las leyes, reglamentos u órdenes"²³ La apropiación involucra la disposición de los fondos o bienes como si fueran propios, es decir, implica ingresarlos a la esfera de custodia de quien se los apropia, no restituyendo o dando un destino distinto al que estaban determinados, por esto, para varios autores, el peculado es considerado como una apropiación indebida calificada.

El verbo abusar, al tener una gama amplia de posibilidades, ha provocado que el legislador lo haya aclarado a desfalco (apropiación de los bienes), malversación (usarlos con fines distintos a los previstos), disposición arbitraria (igual que malversación) o cualquier otra forma semejante (una fórmula analógica inaceptable). La jurisprudencia ecuatoriana ha interpretado el verbo abusar como sinónimo de apropiación o distracción de los bienes²⁴ vinculada a las formas descritas.

El tipo legal, como se ve, asimila como peculado a varias figuras penales que en estricto derecho no constituyen peculado, tales como malversación, que consiste en la "aplicación indebida de caudales públicos o destino indebido de fondos públicos"²⁵, por ello lo procedente es clasificar los delitos patrimoniales contra la administración pública

haciendo un nuevo catálogo de figuras que eliminen aquellas formas analógicas que pueden crear confusión y sean fuente de abusos. En concordancia con lo expuesto las legislaciones extranjeras sí dan ese tratamiento diferenciado.²⁶

Para el caso de delitos cometidos por funcionarios de las instituciones financieras privadas debería crearse un capítulo específico en el Código Penal que se refiera a los delitos financieros, estudiando sus especiales características y las formas o los mecanismos de cometerlos.

El dolo

El peculado es un delito doloso, ya que el abuso en sus diferentes manifestaciones implica el designio de causar daño, cometido con conciencia y voluntad, por lo tanto, es un dolo genérico. El funcionario público conoce la antijuridicidad de su conducta y dirige voluntariamente su acto para obtener el resultado de la apropiación o sustracción de los bienes o fondos públicos.

No cabe el cometimiento del delito a título de culpa. En este caso la conducta deja de ser punible, sin embargo, es perfectamente posible que un funcionario público por negligencia, imprudencia o inobservancia de leyes o reglamentos, permita que otros se apropien o sustraigan los bienes o que se destruyan o pierdan y dado que por el cargo público que ostenta debe guardar especial celo en el cuidado de los bienes sobre los cuales tiene facultad legal de disposición, es evidente que deba ser sancionado penalmente, aunque de una manera diferenciada a si hubiese cometido dolo. En Colombia, como en otros países, se tipifica el peculado culposo.²⁷

En el caso de delitos cometidos en instituciones financieras privadas ¿cabría una figura culposa por parte de un miembro de un órgano colegiado, como en el caso de un director de banco? La respuesta es sí, y parecería que es un hecho frecuente; por ello, sería injusto que en caso de culpa asuma la responsabilidad dolosa que debe recaer en otro. Esta es otra razón para afirmar que el delito de peculado no encaja con los delitos financieros.

La prescripción

En el tipo legal se establece una prescripción especial para el ejercicio de la acción penal, la misma que se constituye en la excepción a la determinada en el inciso cuarto del artículo 101 del Código Penal. Según la norma contenida en el delito de peculado la prescripción para el ejercicio de la acción es de veinte años. Sin embargo, la actual Constitución Política en el inciso segundo del artículo 121 establece que la acción y las penas son imprescriptibles en el caso de los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, pero la contrae sólo a los funcionarios públicos descritos en la misma norma. Debe entenderse, entonces, que prevalece la norma constitucional y estaríamos ante el primer caso de imprescriptibilidad en la legislación ecuatoriana.

En cuanto a los funcionarios de las instituciones financieras privadas la prescripción aplicable es la contenida en el artículo 257 del Código Penal, pero aquí también cabe una observación. ¿Será igual la situación de un cajero bancario privado que comete peculado cuyo resultado no afecta a la actividad de la institución, con la de un administrador o gerente cuyo acto ilícito trae como consecuencia la quiebra de la misma? Por la alarma social y el sujeto pasivo del delito que genera uno y otro acto, es inevitable concluir que es injusto equiparar la situación del cajero con la del administrador o gerente. El actual tipo no hace distinción alguna, hecho éste que es inadmisibles.

El juzgamiento en ausencia

La norma constitucional también establece en el mencionado art. 121 que los juicios por peculado se substanciarán aún en ausencia de los acusados. Esta norma se refiere exclusivamente a los funcionarios públicos descritos en la misma, aunque incluye a quienes hayan participado en el ilícito y no tengan dicha calidad.

Esta norma rompe el principio de la prohibición de juzgamiento en ausencia, sostenido por nuestra legislación penal. Esta excepción no cabe duda que debe ser más debatida ya que parecería que es contradictoria con el derecho a la defensa contenido en la misma carta fundamental. Es necesario pues que la comunidad jurídica se pronuncie sobre este tema.

Esta disposición, por lo demás, no es aplicable para el caso de juzgamiento de funcionarios de las instituciones financieras privadas, salvo el caso de que sean partícipes en el delito cometido por un funcionario público.

El artículo 257 A del Código Penal

Este artículo que consta a continuación del 257 se refiere a la sanción de los mismos funcionarios que abusando de sus calidades, hubiesen actuado dolosamente para obtener o conceder créditos vinculados, violando expresas disposiciones legales. Esta norma incluye a los beneficiarios dolosos y a los que hayan prestado su nombre para beneficio propio o de terceros.

Sin entrar a analizar los elementos que conforman la tipicidad de ésta norma, es evidente que este delito es propiamente financiero, por lo que en estricto derecho nada tiene que ver con el peculado. De igual forma, esta es una norma penal parcialmente en blanco que se remite a otras normas legales.²⁸

La Ley de Instituciones del Sistema Financiero

Esta ley y otras normas legales establecen de manera dispersa los delitos financieros, que de una o de otra manera pueden colisionar con los delitos establecidos en el Código Penal por defectos de una adecuada técnica legislativa, especialmente de éste último, -por ejemplo el peculado-, por lo que se hace necesario implementar, como se dijo, un nuevo título en el Código que contemple de manera sistemática estos delitos.

Conclusiones

1. Del análisis realizado en el presente artículo se puede establecer que el delito de peculado por extensión general a los funcionarios de las instituciones financieras privadas, adolece de muchas deficiencias, debido a ello se ha generado una suerte de interpretaciones ilógicas y antitécnicas que han ocasionado, como ya lo dijera Andrés F. Córdova, un resultado contrario al buscado por el legislador desvirtuando el objetivo de la punibilidad. La extensión de la norma es

procedente pero sólo en casos puntuales en los cuales haya conexión de los elementos del tipo.

2. Por otro lado, en el país no se puede seguir legislando apresuradamente ante hechos coyunturales, que aunque a veces sea justificado y loable por los objetivos buscados, la manera atropellada y carente de una adecuada técnica jurídica, provoca un caos jurídico que afecta a la normal administración de la justicia penal. El Estado debe orientar una política criminal coherente que sea la base para construir un sistema penal racional.²⁹
3. Es, así mismo necesario rehacer el catálogo de delitos cometidos por funcionarios públicos que afectan a la administración pública, sistematizando y disgregando las distintas figuras penales.
4. También se deberá estudiar a profundidad la problemática de las instituciones financieras privadas, estableciendo con claridad los tipos legales que sancionen los ilícitos cometidos por funcionarios de estas instituciones, atendiendo la gravedad del ilícito para regular la culpabilidad de conformidad con el grado de responsabilidad. Por ello, deberá introducirse en el Código Penal un título específico sobre los delitos financieros, separando aquellos que se encuentran confundidos en tipos legales que no corresponden y unificando e incorporando los que se encuentran dispersos en otras leyes no penales.
5. En relación con lo expresado, parecería así mismo, que por la complejidad de los delitos financieros sea necesario que el juzgamiento de los mismos no esté a cargo de un juez penal ordinario sino de uno que tenga conocimientos específicos sobre dicha materia. De igual manera, de conformidad con el nuevo Código de Procedimiento Penal será necesario que los fiscales que intervengan en este tipo de procesos también reúnan requisitos de experticia sobre la materia.

¹ Reforma del artículo 236 del Código Penal de 1938 publicada en el Registro Oficial No. 348, de 23 de octubre de 1941.

² Reforma del artículo 257 del actual Código Penal publicada en el Registro Oficial No. 190 de 13 de mayo de 1999.

-
- ³ Dice Andrés F. Córdova que, "Inspira la reforma, como lo dice el Considerando, el deseo de reprimir más severamente los delitos allí detallados, pero es la verdad que se ha procedido desorbitadamente, prescindiendo de todo sistema, sin otra consideración que el punto de vista fiscal y el de instituciones bancarias, etc. Pero sin ningún concepto de técnica jurídica. Y, como ya hemos vivido la reforma algunos años, o sea una docena desde su expedición, hemos tenido tiempo suficiente de experimentar los resultados: un aumento escandaloso de desfalcos y abusos de dineros públicos, y casos esporádicos de juzgamientos, precisamente contra la gente más infeliz, que, cuando no es este el caso, la misma forma desorbitada de represión, hace que se busquen los medios de burlar el enjuiciamiento, y hemos ido a parar en el otro extremo del que se propuso el exagerado legislador, que hasta parece que no se fijó en el sistema del propio Código que reformaba, en cuanto a cuestiones generales que tenía consignadas en sus disposiciones." -Derecho Procesal Penal Ecuatoriano, Tomo II, Talleres Gráficos Minerva, Quito-Ecuador, 1953, pág. 460.
- ⁴ Ernesto Albán Gómez, Régimen Penal Ecuatoriano, Ediciones Legales, Quito, págs. 77, 81,82. Adicionalmente cabe anotar, que si bien la teoría del interés, para explicar lo que constituye el bien jurídico protegido, es la más extendida, no es menos cierto que la misma no agota la comprensión de esta construcción teórico-justificativa. El bien jurídico protegido también es determinado como satisfacción de necesidades; como posibilidades de participación en los sistemas sociales; como condición de funcionamiento de los sistemas sociales; como una concepción de protección personalista. Por ello, la valoración de un determinado bien en el presente artículo deberá entenderse en virtud de éstas determinaciones. Sobre esta temática ver Alfonso Cadavid Quintero, en Introducción a la Teoría del Delito, Biblioteca Jurídica Dike, Medellín-Colombia, 1998, págs. 112 a 147.
- ⁵ Antonio Cancino Moreno: El Delito de Peculado en el Nuevo Código Penal, Editorial Temis Librería, Bogotá-Colombia, 1983, pág. 9.
- ⁶ Francesco Carrara dice que "...la fe pública toma otra forma particular cuando la nación y sus legítimos representantes tienen confianza en la probidad de un individuo y se la manifiestan confiándole el dinero público. Si él se apropia delictuosamente de ese dinero, en todo o en parte, quebranta la fe pública, es decir, la fe que tuvo en él toda la sociedad al poner en sus manos un capital procedente del patrimonio de todos los ciudadanos y que debía servir para beneficio de todos ellos, y así traiciona la confianza de todos. No puede dudarse, por lo tanto, que el peculado propiamente dicho es un título de delito que pertenece también a la presente clase." - Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, Volumen VII, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1989, pág. 7.
- ⁷ Giuseppe Maggiore, recalca que el peculado "...más que material es moral y político, pues se concreta en la ofensa al deber de fidelidad del funcionario para con la administración pública. De aquí resulta que este delito es ontológicamente perfecto, aunque no cause ninguna lesión patrimonial a la administración pública, como en el caso de que esta sea cubierta por la fianza prestada por el funcionario." - Derecho Penal, Parte Especial, Volumen III, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1972, pág. 162.
- ⁸ La afectación a la administración pública no debe entenderse como un ataque al Estado mismo, sino más bien a su normal desenvolvimiento o cumplimiento de sus funciones. En este sentido se pronuncian Carlos Creus en Delitos contra la Administración Pública, Editorial Astrea, Buenos Aires-Argentina, 1981, págs. 324 y 325. Alfredo Etcheberry en

Derecho Penal, Editorial Nacional Gabriela Mistral, Tomo Cuarto, 2da. Edición, Santiago-Chile, 1976, págs. 181 y 182.

- ⁹ Esta asimilación y confusión se notan en la siguiente sentencia que consta en la Gaceta Judicial, Serie XV, No.6, pág. 1702: "En cuanto a la agravante de haber causado grave alarma a la sociedad el ilícito cometido por la encausada se considera: que en materia bancaria hay alarma social cuando en realidad causa pánico bancario o el Banco sufre una disminución considerable en los depósitos de sus clientes y hay un retiro masivo de fondos" Pág. 1703: "SEXTO: Del análisis de la conducta ilícita y sus circunstancias debemos establecer que la infracción sancionada por Tribunal Penal si produce gran alarma social, por cuanto la disposición de valores de propiedad de clientes de un banco no es un hecho común, cotidiano y por el contrario afecta fundamentalmente a la confianza que la comunidad deposita en un banco, para realizar depósitos monetarios. La comunidad se ve sacudida cuando se comete un delito económico y más aún cuando es un banco en el cual tiene lugar un ilícito de esta naturaleza, en razón del bien jurídico lesionado, que no es en sí el dinero o los valores sino la confianza pública hacia el depositario de los valores. Por otra parte también está rodeado el delito de una circunstancia que distingue y le particulariza como un hecho que se comete abusando de la confianza dispensada al autor. En efecto el empleado bancario que ejerce la función de manejar dinero se ha ubicado en la función que ejerce en razón de la confianza que hacia él tienen los directivos del banco, y este factor es elemento fundamental para que un gerente de banco pueda delegarle el manejo de valores, inclusive la selección de personal encargado de este tipo de funciones se realiza sobre la base de las condiciones morales de la persona, como un respaldo para la confianza depositada en ella. En consecuencia debemos conocer que el delito presenta circunstancias agravantes que se concretan a la alarma producida por la infracción en la sociedad, fundamentalmente por atentar contra la confianza dispensada a la autora por el banco para el cumplimiento de sus funciones..." La asimilación confusa también la vemos en la sentencia publicada en la Gaceta Judicial, Serie No. XIV, No. 5, págs. 1092 y 1093.
- ¹⁰ Ernesto Albán Gómez, op. cit., pág. 77. De igual manera encontramos que para Carlos Fontán Balestra el sujeto activo reúne estas dos condiciones: "a. En un sentido jurídico estricto, sólo es autor quien ejecuta la acción típica y reúne todas las condiciones requeridas en la figura. b. Tomada la expresión en un sentido jurídico más lato, es autor todo el que merece una pena por aplicación de la ley penal. Así entendido el concepto, también son autores el instigador y los cómplices." -Derecho Penal, Introducción y Parte General, 9na. Edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, pág. 504.
- ¹¹ No le corresponde a la ley penal dar una definición de servidor, empleado o funcionario público y la divergencia que pueda surgir en otra rama del derecho no le corresponde, sin embargo, debe establecer un parámetro de interpretación y en ese sentido, Etcheberry dice que para el derecho penal, puede decirse que la función crea al empleado, y no a la inversa, en ese sentido, la calidad de empleado público, para los efectos penales, está siempre dada por la función pública que una persona desempeña. (op. cit. págs. 183 y 184). Por su parte Cancino manifiesta que la nota fundamental que caracteriza la cualificación es la participación del sujeto activo en la función pública oficial. (op. cit. pág. 25).
- ¹² El art. 2 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero establece que son instituciones financieras privadas los bancos, las sociedades financieras o corporaciones de inversión y desarrollo, las asociaciones mutualistas de ahorro y crédito para la

vivienda y las cooperativas de ahorro y crédito que realizan intermediación financiera con el público.

- ¹³ Ver por ejemplo, Gaceta Judicial, Serie XIV, No. 5, págs. 1084 a 1103.
- ¹⁴ Realizada una somera revisión de las jurisprudencia ecuatoriana, se encuentra que existe una tendencia a aceptar la comunicabilidad. Ver los siguientes fallos que la acepta: Gaceta Judicial, Serie XIV, No. 1, pág. 100; Serie XIII, No. 13, págs. 3106 y 3107; Serie XIII, No. 5, págs. 1065 a 1067; Serie VIII, No. 15, págs. 1455,1456; Serie IX, No. 3, págs. 285-286; Serie XIII, No. 11, pág. 2567. También ver jurisprudencia que no la acepta: Gaceta Judicial, Serie XIV, No. 9, pág. 1999.
- ¹⁵ Eugenio Cuello Calón, manifiesta que el sujeto pasivo del delito es el titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito. -Derecho Penal, Tomo I, 9na. Edición, Editora Nacional, México D.F., 1948, págs. 290 y ss. De igual manera para Ernesto Albán Gómez, es el titular del bien jurídico lesionado, (op. cit. pág. 77.)
- ¹⁶ Cancino expresa "...que el Estado es el sujeto pasivo del delito de peculado, porque es el titular del bien jurídico de la administración pública. En verdad, el Estado es una persona jurídica, que existe realmente y que, en consecuencia, es titular de una serie de bienes e intereses, como la administración de justicia, su seguridad interior y exterior, la ya citada administración pública. Cuando tales bienes son vulnerados, indudablemente que debemos considerarlo como sujeto pasivo de la infracción que se trate. El Estado, se reitera, es el titular del bien jurídico de la "administración pública" que como actividad funcional se ejerce por medio de sus representantes, de tal suerte que se trata de un sujeto pasivo cualificado jurídicamente de derecho público." (op. cit. págs. 34 y 35). Por su parte Giuseppe Bettiol hace una distinción más precisa que abarca a todo el derecho penal en cuanto considera que "Si es verdad que la doctrina que considera al Estado como sujeto pasivo constante peca en parte de formalismo, ello no quiere decir que dicho expediente sea un artificio que deba eliminarse de nuestra esfera de nuestra disciplina. Por esos sostenemos que en todo delito existen dos sujetos pasivos: uno constante, esto es, el Estado-administración, que se halla presente en todo delito, por cuanto todo delito es violación de un interés público estatal; y uno eventual, dado por el titular del interés concreto violado por la infracción y que se toma especialmente en consideración con motivo del caso del consentimiento del derecho-habiente, de la querrela, y de la acción civil que puede hacerse valer en el curso del procedimiento penal." -Derecho Penal, Parte General, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1965, pág. 610.
- ¹⁷ Ernesto Albán Gómez, op. cit. pág. 82.
- ¹⁸ Ver por ejemplo en Revista de Jurisprudencia, Fundación Antonio Quevedo, No. 6, Diciembre de 1994, págs. 83 a 94; Gaceta Judicial, Serie XIV, No. 9, pág. 2015; Serie XV, No. 3, pág. 806.
- ¹⁹ Antonio Cancino, op. cit., pág. 41.
- ²⁰ Ernesto Albán Gómez, op. cit. pág. 102.
- ²¹ Francesco Carrara. Op. cit. págs. 11 y 12.
- ²² Eusebio Gómez, Tratado de Derecho Penal, Tomo V, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires-Argentina, 1985, pág. 533.
- ²³ Carlos Creus, op. cit. pág. 325.
- ²⁴ Gaceta Judicial, Serie XV, No. 3, págs. 805, 806, 807: "CUARTO: El delito conocido generalmente en la doctrina como peculado se describe y sanciona en el art. 257 del

Código Penal Ecuatoriano; dentro del Libro II Título III que trata "De los Delitos contra la Administración Pública". En doce capítulos se agrupan, en ese título, numerosos tipos penales, los cuales tienen en común el hecho de que incriminan conductas que de algún modo impiden o perturban la organización y el funcionamiento normal de la administración pública; desde luego, cada una de esas figuras responde a características específicas, una vez que la ley distingue la pluralidad de modos, merecedores de sanción penal, en que es posible atacar el funcionamiento normal de la administración pública. En el peculado, se obsta la regular administración, afectando al patrimonio público, abusando de él. Apropiándose, distraiéndolo por parte de funcionarios públicos o encargados de un servicio público, a quienes, en razón de su cargo, fueron confiados bienes pertenecientes a ese patrimonio. Carrara lo define como "apropiación de cosas públicas cometidas 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" (Programa, VII, 12). Ranieri, como "apropiación o distracción voluntarias, con provecho propio o ajeno, de dinero u otra cosa mueble, perteneciente a la administración pública, por parte de un funcionario o del encargado de un servicio público, que está en posesión de ellos por motivo de su cargo o servicio" (Manual, III, 244). Y así la doctrina ampliamente aceptada.- Los elementos constitutivos específicos de este delito son, pues, los siguientes: a) el sujeto activo, que sólo puede ser un "empleado público o la persona encargada de un servicio público", en cuyo poder se hallaren los bienes en virtud o razón de su cargo; b) el objeto material, consistente, según los términos de la ley, en "dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios" que, como queda dicho, en razón del cargo estuvieren en poder del empleado público o encargado del servicio público; c) la conducta, que estriba en "abusar" de tales bienes, "ya consista el abuso en desfalco, malversación de fondos, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante", forma que radica siempre en actos de apropiación o distracción que dice la doctrina, cometidos en beneficio propio o de terceros; pues ha de advertirse que, si bien el verbo rector conforme la ley ecuatoriana es "abusar" no puede desligarse de dicho abuso de la "forma" en que se lo comete, la cual únicamente puede ser una de las señaladas en la ley; d) el elemento psicológico, que es la voluntad del abuso mediante desfalco, malversación, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante, a sabiendas de que se trata de bienes pertenecientes a la administración pública y con el fin de obtener provecho propio o de un tercero. El peculado, en consecuencia, es delito doloso: nuestra ley no contempla la modalidad culposa -que existe en otras legislaciones referida a la malversación.- es el resultado, que radica en lo algunos autores denominan el "cambio de vínculo" o relación de la cosa con el agente, en virtud de la apropiación o de la distracción.- Objeto el peculado de variaciones históricas y de concepto, desde el *furtum publicae pecuniae* del derecho Romano hasta el delito contra la fe pública o contra la administración pública del derecho Moderno, conserva empero su esencia, cual es la de consistir en la lesión que se inflige al patrimonio público por parte del funcionario que, violando sus deberes de probidad y fidelidad, es decir, dolosamente, se apropia o distrae bienes que le fueron confiados en razón de su cargo. Doctrina, ley positiva, jurisprudencia así lo revelan". Ver también en Gaceta Judicial, Serie XV, No. 9, pág. 2733 a 2735; Serie XVI, No. 12, pág. 3119; Serie XIV, No. 2, pág. 403; Serie XIV, No. 1093.

²⁵ Carlos Creus, op. cit., págs. 312 y ss. También ver entre otros, Maggiore, op. cit., págs. 175 y ss.

²⁶ La legislación española, por ejemplo, los trata así:

De la malversación

Artículo 432.

1. La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere o consintiere que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que tenga a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años.

2. Se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público. Las mismas penas se aplicarán si las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico, o si se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública.

3. Cuando la sustracción no alcance la cantidad de quinientas mil pesetas, se impondrán las penas de multa superior a dos y hasta cuatro meses, prisión de seis meses a tres años y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a un año.

Artículo 433.

La autoridad o funcionario público que destinare a usos ajenos a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años.

Si el culpable no reintegrara el importe de lo distraído dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso, se le impondrán las penas del artículo anterior.

Artículo 434.

La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro propio o ajeno y con grave perjuicio para la causa pública, diere una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración o Entidad estatal, autonómica o local u Organismos dependientes de alguna de ellas, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años.

El Código Penal Boliviano los trata separadamente: Art. 142 (Peculado); Art. 143 (Peculado culposo); Art. 144 (Malversación). El Código Penal de Chile, bajo el Párrafo 5. sobre Malversación de caudales públicos, los distingue: Art. 233 (Peculado); Art. 234 (Peculado culposo); Arts. 235 y 236 (Malversación).

²⁷ Código Penal Colombiano: Art. 137. El empleado oficial que respecto a bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, por culpa dé lugar a que se extravíen, pierdan o dañen, incurrirá en arresto de seis (6) meses a dos (2) años, en multa de un mil a veinte mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) meses a dos (2) años".

²⁸ Este artículo se remite a los artículos 73 e innumerado a continuación de éste de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

²⁹ Enrique Bacigalupo sostiene que "Admitida la culpabilidad por el hecho como límite de toda intervención penal del Estado en la esfera de derechos de una persona, la propia consideración teleológica requerirá que la base de este sistema sea el concepto de acción. De ello se deduce que la elaboración de un sistema jurídico penal requiere previamente una decisión valorativa que defina el punto de partida. Esta decisión valorativa es la definición de los fines de política criminal, lo que dará una base racional al sistema. Esto fines de política criminal no son contrapuestos a las consideraciones de

ética social que fijan el límite más allá del cual la idea misma del Estado de derecho resulta comprometida." - Estudios de Derecho Penal y Política Criminal, Primera Edición, Cárdenas, Editor y Distribuidor, México, 1989, págs. 96 y 97.