

**UNIVERSIDAD REGIONAL AUTÓNOMA DE LOS ANDES
UNIANDES**



FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

**PROYECTO DE EXAMEN COMPLEXIVO PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL
GRADO ACADÉMICO DE MAGISTER EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

TEMA:

**“INFORME DE CONTRALORÍA Y PROCEDIBILIDAD PARA LOS DELITOS
DE PECULADO ANTE LA SEGURIDAD JURÍDICA”**

AUTORA: ABG. DEL PINO ACEVEDO LINDA AZUCENA

ASESOR: ABG. CAICEDO BANDERAS FERNANDO JOSÉ, Mg.

AMBATO – ECUADOR

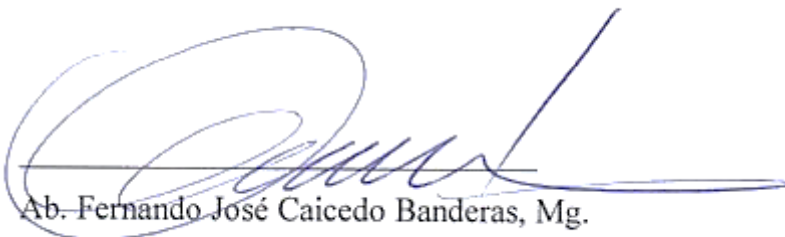
2018

APROBACIÓN DEL ASESOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

CERTIFICACIÓN:

Quien suscribe, legalmente **CERTIFICA QUE:** El presente Trabajo de Titulación realizado por la Ab. **LINDA AZUCENA DEL PINO ACEVEDO**, maestrante del programa de Maestría en Derecho Penal y Constitucional, con el tema “**TEL INFORME DE CONTRALORÍA COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD PARA LOS DELITOS DE PECULADO ANTE LA SEGURIDAD JURÍDICA**”, ha sido prolijamente revisada, y cumple con todos los requisitos establecidos en la normativa pertinente de la Universidad Regional Autónoma de los Andes -UNIANDES-, por lo que apruebo su presentación.

Ambato, febrero de 2018

A handwritten signature in blue ink, consisting of a large, stylized initial 'F' followed by a series of loops and a long horizontal stroke extending to the right.

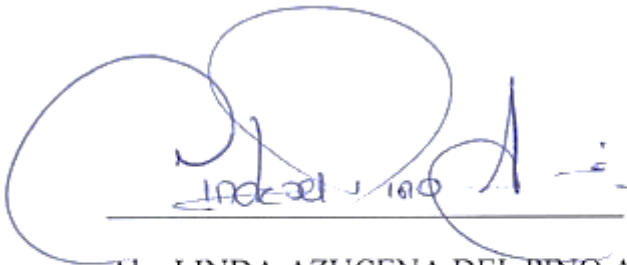
Ab. Fernando José Caicedo Banderas, Mg.

ASESOR

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD

Yo, **Abg. LINDA AZUCENA DEL PINO ACEVEDO**, maestrante del programa de Maestría en Derecho Penal y Criminología, Facultad de Jurisprudencia, declaro que todos los resultados obtenidos en el presente trabajo de investigación, previo a la obtención del grado académico de **MAGISTER EN DERECHO CONSTITUCIONAL**, son absolutamente originales, auténticos y personales; a excepción de las citas, por lo que son de mi exclusiva responsabilidad.

Ambato, febrero de 2018



Ab. LINDA AZUCENA DEL PINO ACEVEDO

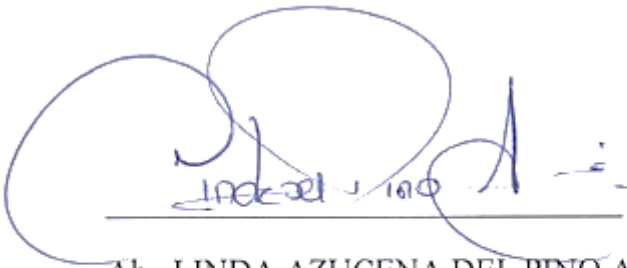
CI. 0602729634

AUTORA

DERECHOS DE LA AUTORA

Yo, **AB. LINDA AZUCENA DEL PINO ACEVEDO**, declaro que conozco y acepto la disposición constante en el literal d) del Art. 85 del Estatuto de la Universidad Regional Autónoma de Los Andes, que en su parte pertinente textualmente dice: El Patrimonio de la UNIANDES, está constituido por: La propiedad intelectual sobre las Investigaciones, trabajos científicos o técnicos, proyectos profesionales y consultaría que se realicen en la Universidad o por cuenta de ella;

Ambato, febrero de 2018



Ab. LINDA AZUCENA DEL PINO ACEVEDO

CI. 0602729634

AUTORA

AGRADECIMIENTO

El presente trabajo investigativo va dedicado a todos aquellos estudiantes y profesionales del derecho que consideran importante conocer más sobre el delito de Peculado y Derecho Constitucional, esperando constituya un aporte para clarificar ciertas dudas que surgen en este tema.

Mi agradecimiento en primer lugar a Dios, por haber creado las condiciones perfectas en el tiempo que permitieron alcanzar ideales, abrir horizontes y plasmar certezas.

Como no podría ser de otra manera mi agradecimiento y reconocimiento a mis Padres de modo especial a mi Madre quien me enseñó la importancia de luchar por los objetivos trazados, sembrando valores imperecederos y formándome desde mi niñez, recalcándome que el ser b humano fue dotado de inteligencia, aptitudes y destrezas que necesitan ser desarrolladas y mejoradas.

Diversas dificultades hemos tenido que enfrentar para cristalizar nuestros sueños, sin embargo nada es más gratificante que el sentimiento del haber entregado mi mejor esfuerzo y estar consciente que los conocimientos adquiridos cayeron en tierra fértil y serán de continua aplicación en mi vida profesional y laboral.

Para finalizar quiero agradecer a la Universidad Autónoma Regional de los Andes, por invertir recursos en este tipo de programas - Maestrías, por la cuidadosa selección de respetables catedráticos que compartieron sus conocimientos y despertaron en nosotros la curiosidad y la necesidad de continuar aprendiendo cada día más.

INDICE GENERAL

PORTADA

APROBACIÓN DEL ASESOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD

DERECHOS DE LA AUTORA

AGRADECIMIENTO

INDICE GENERAL

RESUMEN

ABSTRACT

a) TEMA:	1
b) PROBLEMA QUE SE VA A INVESTIGAR.....	1
FORMULACION DEL PROBLEMA:.....	1
c) JUSTIFICACIÓN DE LA NECESIDAD, ACTUALIDAD E IMPORTANCIA DEL TEMA.	2
d) IDENTIFICACIÓN DE LA LÍNEA DE INVESTIGACIÓN.....	3
e) OBJETIVOS.....	4
f) FUNDAMENTACION- TEORICO CONCEPTUAL DE LA PROPUESTA.....	5
EPÍGRAFE 1	5
1. DEL PECULADO	5
1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DELITO DE PECULADO	5
1.2. EVOLUCIÓN DEL PECULADO EN EL DERECHO ECUATORIANO, CAMBIOS E INCORPORACIONES TRASCENDENTALES EN NUESTRA ACTUAL LEGISLACIÓN.....	6
1.3. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE PECULADO	13
1.4. DEFINICIÓN DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.	14
EPÍGRAFE 2	15
2. LA FISCALÍA.....	15
2.1. DILIGENCIAS DE LA FISCALIA EN DELITOS DE PECULADO.....	18

2.2. CELERIDAD EN LOS PROCESOS POR EL DELITO DE PECULADO	20
EPÍGRAFE 3	22
3. CONTRALORIA GENERAL DEL ESTADO	22
3.1. INFORMES DE CONTRALORÍA EN DELITOS DE PECULADO.....	27
3.2. INDICIOS DE RESPONSABILIDAD PENAL	28
3.3. ¿QUE ES LA SEGURIDAD JURÍDICA?.....	30
Conclusión:	32
Recomendación	33
g) METODOLOGÍA A EMPLEAR: MÉTODOS, TÉCNICAS Y HERRAMIENTAS EMPLEADAS EN LA INVESTIGACIÓN	33
MÉTODOS	34
TÉCNICAS	35
HERRAMIENTAS.....	35
ANALISIS DE UN CASO PRÁCTICO DE PECULADO	36
ANTECEDENTES:.....	36
h) PROPUESTA DE LA INVESTIGACIÓN.	39
Exposición de Motivos:	40
LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.	42
i) CONCLUSIONES	44
j) BIBLIOGRAFÍA	
k) DATOS PERSONALES	

RESUMEN

Cada vez más encontramos en funcionarios públicos, falta de ética y respeto por los dineros y bienes públicos, hombres y mujeres a quienes se les ha confiado la responsabilidad de manejar con absoluto cuidado, honradez y fidelidad los fondos públicos de conformidad a la Constitución y la ley, sin embargo de manera recurrente, abusan, se apropian, distraen y disponen arbitrariamente, bienes públicos o privados, configurando sus actos en un grave delito contra la eficiente Administración Pública, cómo es el PECULADO.

El presente estudio, pretende dotar de celeridad y mejorar el proceso investigativo penal, sin que signifique impunidad, por ello planteo la eliminación de la exigencia del informe de Contraloría como requisito de procedibilidad, para instruir en los delitos de peculado ya que se ha evidenciado que el informe no constituye aporte jurídico fundamental en la investigación; semejante a un Parte Policial o denuncia escrita con el que Fiscalía inicia Investigación Previa o formula cargos, practicando diligencias y dotando de validez a; entrevistas y documentos incorporados al informe, garantizando el legítimo derecho a la defensa y protegiendo la seguridad jurídica, experticias como informes contables usualmente a pedido de Fiscalía y casi siempre a costa suya, rubros que emergen de los caudales públicos que pese a la lesión causada al Estado, nos vemos obligados a invertir más recursos públicos para probar una imputación.

Contraloría General del Estado, debería dotar de expertos peritos, quienes garanticen la realización de verdaderas auditorías sea en la fase o etapas del proceso penal, sin que este sea un requisito de procedibilidad, sino prueba plena.

ABSTRACT

Increasingly we find in public officials, lack of ethics and respect for money and public goods, men and women who have been entrusted with the responsibility of managing public funds with absolute care, honesty and fidelity in accordance with the Constitution and the Constitution. law, however recurrently, abuse, appropriate, distracted and arbitrarily dispose of public or private goods, setting their acts in a serious crime against the efficient Public Administration, how is the PECULATION.

The present study aims to provide speed and improve the criminal investigation process, without impunity, so I propose the elimination of the requirement of the Comptroller's report as a requirement of procedure, to instruct in the crimes of embezzlement since it has been shown that the report does not constitute a fundamental legal contribution in the investigation; similar to a Police Part or written complaint with which the Office of the Prosecutor initiates a Preliminary Investigation or makes charges, practicing diligences and giving validity to; interviews and documents incorporated into the report, guaranteeing the legitimate right to defense and protecting legal security, expertise such as accounting reports usually at the request of the Prosecutor's Office and almost always at his expense, items that emerge from the public funds that despite the injury caused to the State, we are forced to invest more public resources to prove an imputation.

The Office of the Comptroller General of the State, should provide expert experts, who guarantee the realization of real audits either in the phase or stages of the criminal process, without this being a procedural requirement, but full proof.

a) TEMA:

EL INFORME DE CONTRALORÍA COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD PARA LOS DELITOS DE PECULADO, ANTE LA SEGURIDAD JURÍDICA.

b) PROBLEMA QUE SE VA A INVESTIGAR.

De la experiencia personal en el conocimiento de causas en el Despacho Provincial de la Fiscalía de la Provincia de Chimborazo se ha podido evidenciar en varios procesos por delitos de Peculado el obstáculo legal que representa exigir como requisito de procedibilidad el informe de Contraloría General del Estado con indicios de responsabilidad penal, requisito este que si bien es cierto nos da un antecedente contable aproximado del perjuicio causado al Estado, no debería ser decisivo para iniciar instrucción fiscal, a tal punto que en nuestra legislación se estaría hablando de un único delito que nunca podría caer en flagrancia delictual, por ello es necesario un informe de Contraloría con Indicios de Responsabilidad Penal. A ello se suma la incorporación en el Código Orgánico Integral Penal, en el último inciso del Art. 581, en el cual se determina que para iniciar la acción penal por el delito de peculado es necesario que se realice un informe por parte de la Contraloría General del Estado previo a iniciar la acción penal. De esta manera se ha otorgado un exceso de facultades a la Contraloría General del Estado, cuando ésta institución tiene óptica contable, sin que se establezca que pueda analizar pruebas y peor aún actos investigativos previos, y por lo tanto se respete un debido proceso. Lo que conlleva a que en varios casos de delitos de peculado queden en completa impunidad. No encontrando Fiscalía un limitante jurídico para la prosecución del delito.

FORMULACION DEL PROBLEMA:

¿La presentación del informe de contraloría como requisito de procedibilidad para iniciar instrucción fiscal en delitos de peculado vulnera la seguridad jurídica?

c) JUSTIFICACIÓN DE LA NECESIDAD, ACTUALIDAD E IMPORTANCIA DEL TEMA.

El Estado nace de la necesidad del hombre por organizarse en una comunidad que permita, gracias al esfuerzo conjunto, alcanzar el bien común, esta necesidad de organizarse se plasma a través de un sistema normativo que permite a sus integrantes ejercer con libertad sus derechos, garantizando la convivencia armónica y prosecución del bien común. Con el propósito de cumplir con los fines para los que fue creado, el Estado debe ejercitar una actividad permanente concreta e irrenunciable, que le permita alcanzar esos fines, actividad que se la conoce con el nombre de administración pública y que es cumplida por medio de una estructura orgánica, conocida como aparato estatal, a quienes se les ha otorgado poderes que deben ser limitados de conformidad a la ley.

Corresponde entonces a la Constitución y la ley dotar de un marco jurídico que asigne y delimite las funciones de los órganos públicos sin restar facultades a los demás organismos y sin que entre estos exista dependencia.

La presente investigación constituye un eje importante de investigación que merece ser conocido y entendido de ahí su importancia para estar contemplado dentro de nuestra norma suprema como es la Constitución de la República del Ecuador que en su artículo 233 prescribe que el delito de peculado, conjuntamente con otros tres de los delitos conocidos como de corrupción, como: el cohecho, la concusión y el enriquecimiento ilícito, serán imprescriptibles y los juicios se realicen incluso en ausencia de los procesados.

Este mandato constitucional refleja el interés que la sociedad ecuatoriana le ha dado a este delito, pues es la corrupción un mal endémico que está afectando a la sociedad y particularmente a la Administración Pública.

En el Ecuador el delito de peculado ha evolucionado a través de los Códigos Penales y los cambios que se han venido presentando a través del tiempo, se ha incorporado el peculado bancario en nuestra legislación, el que se aparta de la figura de la malversación de fondos.

La nueva ley penal, El Código Orgánico Integral Penal los denomina delitos contra la eficiencia en la administración pública. Son dieciséis y ocho están relacionados con actos

de corrupción de los funcionarios públicos. El peculado, la concusión, el cohecho y el enriquecimiento ilícito están en esa lista y se mantienen (Al igual que en la anterior legislación) como infracciones imprescriptibles, según el numeral 4 del artículo 16 la Constitución también los considera como tal, pues señala que son delitos de agresión al Estado. Pero a diferencia de la anterior normativa, el actual Código Integral Penal (COIP) endurece, en promedio cuatro años, las sanciones para quienes incurran en estos cuatro tipos de delitos. El peculado, por ejemplo, ahora se pena con 10 y 13 años de cárcel. Antes, la sanción era de 8 a 12 años. El COIP precisa que cometen peculado los servidores públicos que “abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes, dinero público o privado... que estén en su poder en virtud de su cargo. De lo relatado se puede establecer que siendo uno de los delitos más graves en contra de la Administración Pública el legislador debería al menos establecer un procedimiento simple para la tramitación, investigación y posterior sanción, detectando al contrario un limitante de procedibilidad, la exigencia previa de la existencia de un Informe de Contraloría para iniciar Instrucción Fiscal.

Justificado el desarrollo de la presente investigación y existiendo la suficiente viabilidad de recursos y tiempo, dentro del presente trabajo

En lo referente al peculado, se realizará una síntesis histórica, citando varios conceptos, su historia, evolución y tipificación hasta llegar a nuestros días, para en lo posterior analizar de forma exclusiva al estudio de un caso y resoluciones en la que podremos observar con claridad meridiana como el mantener en nuestra legislación la presentación del Informe de Contraloría previo a iniciar Instrucción Fiscal por el delito de peculado afecta a la seguridad jurídica, ya que al no contar con normas claras que establezcan tácitamente que en este tipo de delitos no se requerirá como requisito de procedibilidad por cuanto el hecho cometido por el funcionario público no es lo único que se ve afectado con el cometimiento de este delito, si no la lesividad que se causa al interés del Fisco y, fundamentalmente, a los interés de la Administración Pública.

d) IDENTIFICACIÓN DE LA LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

- Retos, perspectivas y perfeccionamiento de las ciencias jurídicas en Ecuador.

- “El Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano, Presupuestos Históricos, Teóricos, Filosóficos y Constitucionales”

e) **OBJETIVOS**

OBJETIVO GENERAL

- Elaborar un anteproyecto de ley reformativa al Código Orgánico Integral Penal, sobre la no exigencia respecto a la presentación del informe de Contraria como requisito de procedibilidad a fin evitar la vulneración de la Seguridad jurídica.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Fundamentar jurídicamente en el Derecho Constitucional, la importancia de excluir la presentación del informe de Contraloría con indicios de responsabilidad penal en delitos de peculado, como requisito de procedibilidad y el alcance hacia la Seguridad Jurídica.
- Demostrar cómo la inclusión del informe de Contraloría con indicios de responsabilidad penal como requisito de procedibilidad en delitos de peculado, vulnera el Derecho a la Seguridad Jurídica.
- Diseñar los componentes necesarios para la elaboración de un anteproyecto de ley reformativa al Código Orgánico Integral Penal, sobre la presentación del informe de Contraloría como requisito de procedibilidad a fin evitar la vulneración de la Seguridad jurídica y proponer alternativas de solución.

f) FUNDAMENTACION- TEORICO CONCEPTUAL DE LA PROPUESTA.

EPIGRAFE 1

1. DEL PECULADO

1.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DELITO DE PECULADO

En la antigua Roma los dineros Públicos estaban considerados cosa sagrada y aquellos que lo sustraían eran objeto de castigo, con el mismo tratamiento que infligía a los sacrilegios. Dado este origen hallamos la figura del peculado íntimamente ligada en sus comienzos a la acción “sustraer” y también a la pecunia de entonces representada en el ganado, elemento de pago o cambio. Pero el concepto de hurto no era lo suficiente para agotar en el tiempo la amplia significación que adquiere el peculado convirtiéndose con el tiempo en significado de un sin número de defraudaciones contra la caja Pública. El tratadista Daniel Carrera menciona un extracto de la ley Julia relativo al peculado. “...Los que al trabajar en la moneda pública acuñan independientemente para sí moneda, con el sello público, o hurtan la acuñada, no se considera que hicieron moneda falsa, si no que cometieron, hurto de moneda pública lo que cae dentro del delito de peculado.”

Pero más allá de la inserción de este delito al ordenamiento jurídico de ese entonces se presenta la variedad y confusión de acciones como apropiación, pérdida, retención, defraudación. Así pues dentro de la evolución del concepto surgieron las divergencias y las maneras de apreciar el peculado como tipo penal lesivo para la cosa pública.

En un principio, el que cometía peculado, se le castigaba con la pena capital. Se dice que más tarde, según lo cuenta Mazini, se aplicaba la pena pecuniaria, pero duramente el Imperio el magistrado peculador fue nuevamente castigado con sanciones aflictivas y con la pena capital.

También se conoce que la acción por peculado podía promoverse además contra los herederos, en el llamado derecho intermedio la condena infamaba.

Manual de Derecho Romano- explicación de las instituciones de Justiciano por Eugenio Lagrange página 645.

Para Francisco Carrara: “Es la apropiación de cosas públicas cometidas por una persona investida de algún cargo público, a la cual precisamente en razón de este, le fueron entregadas con la obligación de conservarlas , las cosas de que se apropia”

Para Juaquin Estriche: “Es la sustracción de caudales del erario público, hecha por las mismas personas que los manejan”.

Para Carlos Molina: “En un sentido más jurídico y por referencia a la época actual, por peculado se entiende, genéricamente, la incorrecta aplicación de las cosas o efectos confiados a un funcionario, que tenía el encargo de darles un fin previamente convenido o establecido”.

1.2. EVOLUCIÓN DEL PECULADO EN EL DERECHO ECUATORIANO, CAMBIOS E INCORPORACIONES TRASCENDENTALES EN NUESTRA ACTUAL LEGISLACIÓN

ETAPA PRECOLOMBINA: La falta de evidencia escrita conocida en esta época, incluso en la dominación inca, ha dado lugar a especulaciones, basadas en tradiciones orales poco confiables, por tal razón se omitirá hablar sobre este delito en la presente época, dando paso a la época Colonial.

EPOCA COLONIAL: Luego de la conquista español, en el Ecuador, empiezan a regir las llamadas Leyes de Indias fundamentalmente, y de manera supletoria las leyes peninsulares españolas.

A finales del siglo XV y comienzos del siglo XVI, España tenía un sistema jurídico muy complejo y contradictorio. Coexistía el derecho medieval a través de los llamados Fueros Juzgo las leyes llamadas partidas, más precisamente siete partidas atribuidas a Alfonso X, el sabio de Castilla, leyes consideradas sin armonía y de difícil aplicación.

Las Partidas tenían como fuente el derecho Romano, el derecho canónico y la legislación vernácula de Castilla. La séptima partida, trata sobre los delitos, en general y sus penas, y el de los delitos contra los fondos del monarca.

En 1505, los Reyes Católicos promulgaron las Leyes de Toro, llamadas así por la ciudad española donde se expidieron 82 leyes y las últimas son penales. Después se promulgaría

la nueva y novísima recopilación que intentaron codificar y sistematizar el derecho español sin éxito.

Cuando España conquista América, considera necesaria una legislación particular para estas tierras, bien por la complejidad y difícil aplicación del derecho peninsular, bien porque la realidad de lo conquistado imponía un sistema jurídico especial y propio. Son las Mencionadas Leyes de Indias, integradas por nueve libros.

Ya en la Colonia el control de los fondos públicos del actual Ecuador estaba a cargo del Virrey del Perú, del Juez Decano de la Real Audiencia de Quito de los fiscales de la Corona los funcionarios del tesoro y del oidor Decano del Tribunal de Cuentas. Este último practicaba auditorías sobre todas las contabilidades. Se exigía declaraciones anuales a los funcionarios del tesoro y cada año se hacía un inventario de los fondos disponibles. Al terminar sus funciones los servidores públicos se sometían a una especie de juicio público que se efectuaba con el objeto de averiguar si un funcionario que dejaba su puesto había cumplido sus deberes y tareas administrando los fondos públicos de modo satisfactorio y honesto, donde cualquier persona sin excepción podrían formular cargos ante el Juez en contra del funcionario saliente. Se exigía al enjuiciado que permaneciera en lugar de residencia donde prestó sus servicios sin que pudiera cambiar la misma hasta su culminación, de allí su nombre de Juicio de Residencia otra medida aplicada en estos tiempos y que vale la pena mencionarla es la exigencia de presentación de un inventario de sus bienes al tomar posesión de sus puestos y que depositaran una fianza en la ciudad donde ejerzan sus cargos.

Las sanciones impuestas iban desde administrativas, civiles, destitución, confiscación de sus bienes particulares y otras eran las sanciones penales previstas para casos más graves dentro de las que se preveía, destierro prisión e incluso la pena capital.

ETAPA REPUBLICANA. - Durante la Gran Colombia y la República en sus primeros años rigieron, en la práctica las leyes Coloniales españolas penales.

El primer Código Penal Ecuatoriano año 1837, se inspira en el derecho español de la época, el capítulo I se refiere al extravío, malversación, mala administración de los caudales y efectos de la hacienda nacional. Los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones son tratados en los artículos 369 al 371 inclusive.

Durante la administración de Gabriel García Moreno, en 1872, se promulga el segundo Código Penal del Ecuador, inspirado en el Código Penal Belga, vale la pena transcribir el ART. 257 “serán sancionados con reclusión de tres a seis años, todo empleado público, toda persona encargada de un servicio público, quien hubiera abusado de dineros públicos o privados de efectos que los represente de piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo// Si el abuso no excede de la fianza el culpable sería castigado con la mitad de la pena presente”

Vale la pena destacar que en el año de 1941 se redacta nuevamente el Art. 236 del entonces vigente Código Penal 1938 que se refiere al peculado, incluyendo este delito de manera expresa a los empleados que manejen fondos de los Bancos Central, Hipotecario (después llamado Banco de Fomento), de los bancos particulares y comerciales y de las casas de previsión.

El delito de peculado se hace extensivo también a los Fiscalizadores de la Contraloría General de la Nación y de la Superintendencia de Bancos que en sus informes demuestren complicidad o encubrimiento del delito de peculado.

Estas reformas de 1941 introducen un nuevo tipo de peculado, el impropio en cuanto hay sujeto pasivo (bancos particulares comerciales, cajas de previsión social) y también en cuanto a los sujetos activos, los empleados de dichas instituciones.

En año de 1977 se formula la Ley Orgánica de Administración Financiera y control en su Art. 396, comprime en uno solo los artículos 257, 258 y 259 del Código Penal.

En julio de 1978, se elimina todo el inciso referente a la malversación dolosa o culposa que deja de constituir una forma del delito de peculado.

El 29 de agosto de 1985 en el suplemento del Registro Oficial Nro. 260 entran en vigencia 13 artículos innumerados después del art. 257 del Código Penal que se refieren en esencia al Peculado de uso. Además se incluye el delito de enriquecimiento ilícito de para los servidores públicos que injustificadamente incrementen en su patrimonio particular en el ejercicio de su cargo.

En 1995, se hizo extensivo el delito de peculado a los servidores de la Dirección General de Rentas y los servidores de aduanas que hayan intervenido en actos de determinación, como cómplices o encubridores del delito de peculado.

La constitución Política de 1998, en el artículo 121 declaró imprescriptibles las acciones y las penas impuestas para los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, tanto para servidores públicos como para particulares que intervinieren en dichos delitos; pudiendo iniciarse y continuarse los juicios en su contra, incluso en ausencia de los sujetos activos. En el registro oficial Nro. 190 de 13 de mayo de 1995, señala otro artículo a continuación del Art. 257 que trata del peculado relacionado con las sanciones a quienes otorgan créditos vinculados, sus beneficiarios y testaferros.

El 12 de junio del 2002 se promulgó la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado cuyo artículo 99 derogó varios artículos de la Ley Orgánica de la Administración Financiera y Control de los que formaba parte del Art. 296 que reformó al Ar. 257 del C. P, quedando este último artículo de la ley penal en el limbo.

La Corte Suprema, mediante resolución (RO.604 de 25 de junio del 2002) declaró la plena vigencia del artículo 257 del Código Penal mal invocado el Art. 15 de la Ley Orgánica de la Función Judicial que era aplicable únicamente para duda u oscuridad de la ley; abrogándose una facultad propia del Congreso de que solo a él le correspondía , expedir, reformar y derogar las leyes o interpretarlas con carácter generalmente obligatorios de acuerdo al numeral 5 del artículo 130, de la Constitución vigente, es decir la de 1998.

La constitución del 2008 en su artículo 233 ratifica la imprescriptibilidad de los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito y de las penas impuestas y dispone así mismo que puedan iniciarse y proseguirse los juicios en ausencia de los imputados o procesados. Además extiende a todos los servidores públicos la obligación de presentar una declaración patrimonial jurada de sus bienes.

PECULADO EN EL COIP; COMPARACIÓN ENTRE LO QUE EL CODIGO PENAL ESTABLECÍA Y LAS MODIFICACIONES INCORPORADAS EN EL CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL.

CÓDIGO PENAL	SANCION Y PENA	CODIGO ORGANICO INTEGRAL PENAL	SANCION Y PENA	OBSERVACIONES
<p>Art. 257.- Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años, los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público, que, en beneficio propio o de terceros, hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo, ya consista el abuso en desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante. La pena será de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años si la infracción se refiere a fondos destinados a la defensa nacional....”</p>	8 a 12 años	<p>Art. 278.- Peculado.- Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, en beneficio propio o de terceros; abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años</p>	10 a 13 años	<p>Art. 233.- Inciso segundo.- C.R.E “Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes <u>serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia</u> de las personas acusadas....”</p>

<p>“La pena será de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años si la infracción se refiere a fondos destinados a la defensa nacional...”</p>	<p>12 a 16 años</p>	<p>No se sanciona Art. 337.- Destrucción o inutilización de bienes.- La o el servidor militar o policial que destruya, abandone o inutilice de forma injustificada bienes destinados a la seguridad pública o a la defensa nacional, poniendo en peligro la seguridad del Estado, será sancionado con pena privativa de libertad de uno a tres años.</p>	<p>1 a 3 años</p>	<p>ELIMINADO</p>
<p>Art.257 CP inciso 2 do) Se entenderá por malversación la aplicación de fondos a fines distintos de los previstos en el presupuesto respectivo, cuando este hecho implique, además, abuso en provecho personal o de terceros, con fines extraños al servicio público.</p>		<p>No se sanciona</p>	<p>----- ---</p>	<p>ELIMINADO</p>
<p>Art. 257-A.- Las personas elegidas por votación popular, los representantes o delegados del Presidente de la República y de otros funcionarios fiscales o municipales en organismos del Estado,</p>	<p>1 a 5 AÑOS</p>	<p>279.- Enriquecimiento ilícito.- Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la</p>	<p>7 a 10 AÑOS</p>	<p>SE HA DETERMINADO LA GRAVEDAD DE LA PENA DE CONFORMIDAD AL ESTABLECIMIENTO DE MONTOS</p>

<p>autónomos o semiautónomos; los funcionarios, empleados o servidores públicos que de cualquier forma utilizaren en beneficio propio o de terceras personas cuando éste signifique lucro o incremento patrimonial, trabajadores remunerados por el Estado o por las Entidades del sector público o bienes del sector público, serán reprimidos con la pena de uno a cinco años de prisión y multa de ciento noventa a novecientos cincuenta y dos dólares de los Estados Unidos de Norte América.</p>		<p>Constitución de la República, que hayan obtenido para sí o para terceros un incremento patrimonial injustificado a su nombre o mediante persona interpuesta, producto de su cargo o función, superior a cuatrocientos salarios básicos unificados del trabajador en general, serán sancionados con pena privativa de libertad de siete a diez años.</p>	<p>Superior a 200 y menor 400 SBUT = 5 a 7 años</p> <p>Hasta 200 SBUT = 3 a 5 años</p>	
		<p>Tráfico de influencia 285</p>		

1.3. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE PECULADO

En la realidad social se puede identificar todos aquellos fenómenos que son lesionables por un comportamiento humano, e introducir el concepto de bien jurídico que se revele como un presupuesto para la vida común de los ciudadanos en nuestra sociedad estatal.

Rodolphi concibe al estado no como algo estático si no que en todo momento se transforma y desarrolla como consecuencia nuevas fuerzas. La vida social dice este autor es un organismo vital, que a diario se reproduce según determinadas leyes funcionales con base a ciertas situaciones sociales. También los presupuestos para una vida en común prospera de los ciudadanos en la sociedad no son un estado cualquiera sino una unidad funcional viviente. De ahí que los bienes jurídicos cuya protección es tarea del derecho penal, tampoco son objetos estáticos que permanecen en reposo, si no unidades funcionales sociales sin las cuales nuestra sociedad en su estructuración concreta no sería capaz de existir. Para este autor, según las decisiones valorativas de la Constitución de un país, la tarea del derecho penal solo está dada por la protección frente a los ataques humanos de los objetos sobre los cuales se basa la libertad y la responsabilidad de los ciudadanos, individualmente considerados, sobre la cual se basa la vida en sociedad.

En España el autor Enrique Bacigalupo ha expresado que los tipos penales en primer lugar, importen un ejercicio contrario al deber de la función pública, pero además importen una lesión de la confianza pública en el ejercicio del poder administrativo o judicial de acuerdo con los principios del Estado de Derecho.

Para Sánchez, Vera Gómez –Trelles el bien jurídico dañado con tales comportamientos residiría en la confianza de todos los ciudadanos en el ejercicio de la función administrativa o judicial, según los principios constitucionales.

Si bien en esta materia el deber es especial, personalísimo, cobra importancia de primer orden la normalidad funcional de la administración pública como bien jurídico protegido en lo general y se aceptan, además bienes específicos para los distintos tipos penales, cometidos por funcionarios, cada uno en particular. En los delitos de funcionarios y concretamente en los delitos cometidos en contra de la Administración Pública o delitos cometidos contra el patrimonio público se protege un bien jurídico común como la probidad, honestidad, la fidelidad, la transparencia, la confianza, la rendición de cuentas,

la eficiencia et, según los principios fundamentales que fundamenta la administración pública al servicio de las y los ciudadanos.

1.4. DEFINICIÓN DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

El Estado está constituido por varias funciones y los actos ejecutados por estos constituyen la administración Pública. Es en otras palabras, la estructura integrada por el conjunto de organismos y funciones de administración que están situadas en las distintas funciones del Estado. El Art.227 de la Constitución define de manera general a la administración pública como un servicio a la colectividad.

En el art. 225 de la misma Carta Magna se refiere de manera muy precisa a lo que comprende el sector público, es decir, los órganos de la Administración Pública a saber.

- Los organismos y dependencias de las Funciones Ejecutivas, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.
- Las entidades que integran el régimen Autónomo Descentralizado.
- Los Organismos y entidades creadas por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el estado.
- Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.

Definición de Recursos Públicos

La ley Orgánica de la Contraloría General del Estado en su Art. 3, manifiesta lo siguiente para efectos de esta ley se entenderán como recursos públicos todos los bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes subvenciones y todos los derechos que pertenecen al estado y a sus instituciones , sea cual fuere la fuente de que procedan , inclusive las provenientes de préstamos, donaciones y entregas que , a cualquier título realicen a favor del Estado o sus instituciones, personas naturales o jurídicas u organismos nacionales e internacionales // Los recursos públicos no pierden su calidad de tales al ser administrados por corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, compañías mercantiles y otras entidades de derecho privado, cualquiera hubiera

sido o fuere su origen , creación o constitución , hasta tanto los títulos, acciones, participaciones o derechos que representen ese patrimonio, sean transferidos a personas naturales o personas jurídicas de derecho privado de conformidad con la ley”.

Constan en la Ley Orgánica de Servicio Público, en su disposición General Décimo Octava, útiles para determinar con exactitud los posibles sujetos activos del delito de peculado:

Dignatario.- Es la persona elegida por votación popular, por un período fijo para ejercer las funciones y atribuciones establecidas en la Constitución y en la Ley.

Funcionario/a.- Es la servidora o servidor que ejerce un puesto excluido de la carrera del servicio público, de libre nombramiento y remoción por parte de la autoridad nominadora o de período fijo, y su puesto se encuentra dentro de los grupos ocupacionales de la escala de remuneraciones mensuales unificadas del nivel jerárquico.

Obrera/o.- Todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajan, bajo el régimen del Código del Trabajo.

Servidora/a.- Todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un puesto o cargo, función o dignidad dentro del sector público sea o no de libre nombramiento y remoción.

EPÍGRAFE 2

2. LA FISCALÍA

Desde la creación de la República del Ecuador en el año de 1830 hubo la necesidad de un ente fiscalizador en el poder judicial. El presidente Juan José Flores instaló la Alta Corte y se dictó la primera Ley Orgánica del Poder Judicial. En el Libro de Actas del Congreso del 19 de septiembre de aquel año, se señala que los diputados de aquella Convención Nacional nombraron a varios Ministros, entre los cuales a quien sería el primer Fiscal del Ecuador.

La Constitución de 1883, crea la figura de Ministro Fiscal de la Corte Suprema, con sede en Quito.

El 1 de Agosto de 1928, el Doctor Isidro Ayora Cueva, crea la Procuraduría General de la Nación, en representación y defensa del Estado y de los particulares, que sería el inicio de la Institución denominada Ministerio Público.

En 1935 Federico Páez, crea el Departamento de Patrocinio del Estado, adscrito al Ministerio de Gobierno, con la finalidad de precautelar los intereses del Estado y de las Instituciones Públicas.

La Constitución de 1945 habla por primera vez de la existencia del Ministerio Público, al disponer que el Procurador General de la Nación, los Fiscales de los Tribunales de Justicia y los demás funcionarios que designe la ley, ejerzan el Ministerio Público, bajo la dirección del Presidente de la República.

En 1974 se expide la Ley Orgánica de la Función Judicial, disponiendo que tanto la Corte Suprema de Justicia como las Cortes Superiores se integren por Ministros Jueces y un Ministro Fiscal, estableciendo que el Ministerio Público forme parte de la Función Judicial.

La Constitución de 1978 estableció que el Ministerio Público se ejercía por el Procurador General del Estado, los Ministros y Agentes Fiscales y los demás funcionarios que determine la ley.

En 1979 se expidió la Ley Orgánica del Ministerio Público con la cual ésta Institución salió de la Función Judicial para ser parte de la Procuraduría General del Estado.

Las Reformas Constitucionales de 1995, por primera vez establecen en la Constitución, una sección denominada “Del Ministerio Público”, cuyo ejercicio corresponde al Ministro Fiscal General, los Ministros Fiscales Distritales, los Agentes Fiscales y demás funcionarios que determine la ley. Sus funciones son las de conducir las indagaciones previas y promover la investigación procesal penal, con el apoyo de la Policía Judicial. De esta forma la norma constitucional estableció la autonomía organizativa y funcional del Ministerio Público, principios que son recogidos en la Ley Orgánica del Ministerio Público, de 19 de Marzo de 1997.

La Constitución de 1998, en el Art. 219, introdujo cambios trascendentales para el Ministerio Público del Ecuador, redefinió y reforzó sus funciones, para hacer viable las disposiciones constitucionales se aprobó la Ley Reformativa a la Ley Orgánica del Ministerio Público, publicada en el Registro Oficial de 16 de junio del 2000.

Con la plena vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal, desde el 13 de julio del 2001, se introduce el cambio del sistema inquisitivo escrito, que había perdurado por más de 150 años, a un sistema acusatorio y oral, en donde el Fiscal tiene la carga de la prueba en la etapa del juicio, para lo cual debe dirigir la investigación preprocesal y procesal penal con imparcialidad y objetividad.

Con la Constitución de la República promulgada en Registro Oficial No. 449, de 20 de octubre de 2008, el Ministerio Público da un vuelco, su nombre es reemplazado por el de Fiscalía General del Estado y sus funciones cambiaron.

Actualmente, la Fiscalía General del Estado está conformada por el / la Fiscal General, los / las Fiscales Provinciales y los / las Agentes Fiscales.

Además, existe un Fiscal General Subrogante y Fiscales Adjuntos en las diferentes Provincias del país, quienes colaboran con el Fiscal titular en el proceso de investigación.

Los Agentes Fiscales cuentan con el apoyo del personal auxiliar: Secretarios y asistentes de fiscales, sus funciones se encuentran claramente establecidas por la Constitución en sus artículos

El Art. 194.- de la Constitución de la República establece que “La Fiscalía General del Estado es un órgano autónomo de la Función Judicial, único e indivisible, funcionará de forma desconcentrada y tendrá autonomía administrativa, económica y financiera. La Fiscal o el Fiscal General es su máxima autoridad y representante legal y actuará con sujeción a los principios constitucionales, derechos y garantías del debido proceso”.

El Art. 195.- La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos

infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.

Para cumplir sus funciones, la Fiscalía organizará y dirigirá un sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, que incluirá un personal de investigación civil y policial; dirigirá el sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes en el proceso penal; y cumplirá con las demás atribuciones establecidas en la ley”.

La Fiscalía es una Institución de derecho público, única e indivisible y autónoma de la Función Judicial en lo administrativo, económico y financiero. Representa a la sociedad en la investigación y persecución del delito y en la acusación penal de los presuntos infractores.

2.1. DILIGENCIAS DE LA FISCALIA EN DELITOS DE PECULADO

De conformidad a lo que establece el Art. 444 del Código Orgánico Integral Penal. **“Atribuciones de la o el fiscal.- Son atribuciones de la o el fiscal, las siguientes:**

1. Recibir denuncias escritas o verbales en los delitos en los que procede el ejercicio público de la acción.
2. Reconocer los lugares, huellas, señales, armas, objetos e instrumentos con la intervención del personal del Sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses o personal competente en materia de tránsito, conforme con lo dispuesto en este Código.
3. Formular cargos, impulsar y sustentar la acusación de haber mérito o abstenerse del ejercicio público de la acción.
4. Disponer al personal del Sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses o al personal competente en materia de tránsito, la práctica de diligencias tendientes al esclarecimiento del hecho, salvo la recepción de la versión del sospechoso.

5. Supervisar las disposiciones impartidas al personal del Sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses o a la autoridad competente en materia de tránsito.
6. Recibir las versiones de la víctima y de las personas que presenciaron los hechos o de aquellas a quienes les conste algún dato sobre el hecho o sus autores.
7. Solicitar a la o al juzgador, en los casos y con las solemnidades y formalidades previstas en este Código, la recepción de los testimonios anticipados aplicando los principios de inmediación y contradicción, así como de las víctimas de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, trata de personas y violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.
8. Impedir, por un tiempo no mayor de ocho horas, que las personas cuya información sea necesaria, se ausenten del lugar, en la forma establecida en este Código.
9. Disponer que la persona aprehendida en delito flagrante sea puesta a órdenes del órgano judicial correspondiente, a fin de que resuelva su situación jurídica dentro de las veinticuatro horas desde que ocurrió la aprehensión.
10. Disponer al personal del Sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses o autoridad competente en materia de tránsito, la identificación del sospechoso o de la persona procesada cuando la víctima o los declarantes no conozcan su nombre y apellido pero aseguren que la identificarían si vuelven a verla, de acuerdo con las disposiciones previstas en este Código.
11. Solicitar a la o al juzgador que dicte las medidas cautelares y de protección que considere oportunas para la defensa de las víctimas y el restablecimiento del derecho. Igualmente podrá pedir la revocatoria o cesación de dichas medidas cuando estime que la investigación practicada ha permitido desvanecer los indicios que las motivaron.
12. Ordenar el peritaje integral de todos los indicios que hayan sido levantados en la escena del hecho, garantizando la preservación y correcto manejo de las evidencias.
13. Aplicar el principio de oportunidad.

14. Disponer la práctica de las demás diligencias investigativas que considere necesarias. Siempre que se limiten los derechos de alguna persona se requerirá autorización de la o el juzgador.

La o el denunciante o cualquier persona que, a criterio de la o el fiscal, deba cooperar para el esclarecimiento de la verdad, tendrá que comparecer ante la Fiscalía para la práctica del acto procesal respectivo. En caso de incumplimiento la o el Fiscal podrá solicitar la comparecencia con el uso de la fuerza pública”.

La o el Fiscal que tenga conocimiento de un delito de PECULADO, dentro de las principales diligencias a practicarse deberá considerar algunas que son indispensables para respaldar su imputación como son:

1.- Acreditar la calidad de funcionario público: Esto mediante la solicitud a la entidad correspondiente a fin se otorgue una certificación o copia certificada del nombramiento como tal, en el cual de manera preferente se deberá solicitar se incluya el período para el que fue electo o dentro del cual ejerció sus funciones.

2.- Establecer la relación del funcionario con la de administración o custodia de los caudales públicos.

3.- Probar que los bienes han existido, se han extraído y se han incorporado

4.- Acreditar el elemento subjetivo que es el dolo, es decir que el funcionario estaba plenamente consciente y tenía conocimiento pleno de lo indebido.

2.2. CELERIDAD EN LOS PROCESOS POR EL DELITO DE PECULADO

Todo juicio presenta una alteración de la tranquilidad y la paz social y en virtud de ello se pretende que la justicia sea administrada lo más brevemente posible, sin alargar injustificadamente los procesos, la norma constitucional al igual que la procesal, permiten ante la solicitud de las partes o por necesidad del procedimiento, que el órgano jurisdiccional debe tomar la determinación conforme sus lineamientos, caso contrario se

estaría violentando no solo el principio, si no de igual manera el derecho a una tutela judicial efectiva, a lo cual está obligado el órgano jurisdiccional.

Entenderemos pues a la celeridad no como derecho individual de la persona humana, si no como un instrumento de tutela con rango constitucional que garantiza a todas aquellas personas que concurren ante los órganos jurisdiccionales una justicia equitativa expedita sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.

La celeridad como principio procesal es el derecho que tiene todo ciudadano a un proceso sin dilaciones y que su causa sea oída y resuelta en un caso razonable.

Este derecho no solo se identifica con el mero incumplimiento de los plazos si no que comporta la utilización de un concepto jurídico indeterminado. Conforme lo establece el Art. 169 de la Constitución de la República “El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.”

En nuestro país lamentablemente aun después de que se establece como uno de los principios de las normas procesales la normativa en cuanto a la tramitación de delitos de Peculado sigue siendo lenta, lesionadora de los intereses del Estado en cuanto al establecimiento en la misma normativa legal vigente se cuente previo a iniciar Instrucción Fiscal con el tantas veces repetido Informe de Contraloría con indicios de responsabilidad penal. Lo que permite que ciertas investigaciones duren años sin poder formular cargos por cuanto no existe informe de Contraloría. La interrogante es como el Estado puede garantizar a sus ciudadanos en el caso en que se crean vulnerado sus derechos juicios rápidos, eficaces y oportunos cuando vemos que al tratarse de defender sus propios intereses no lo hace.

EPÍGRAFE 3

3. CONTRALORIA GENERAL DEL ESTADO

Que es la Contraloría General del Estado

El 2 de diciembre de 1927, como consecuencia del asesoramiento prestado al país por la Misión Kemmerer, entró en vigencia la Ley Orgánica de Hacienda, publicada en el Registro Oficial N° 448 de 16 de noviembre de 1927. A través de este documento se creó, entre otras instituciones, la Contraloría General de la Nación, como departamento independiente del gobierno, con el objeto de realizar el control fiscal, compilar cuentas y constituir la oficina central de la contabilidad del Estado.

Con el decreto “Ley 1065-A” se reformó la ley Orgánica de Hacienda de 1927. Estas enmiendas fueron codificadas en 1960 y establecieron que la Contraloría debe contar con un sistema moderno de control (Sistema Integrado de Administración Financiera y Control), con el fin de precautelar la administración, efectiva y eficiente, de los recursos humanos, materiales y financieros del Estado.

La Constitución de 1967, en el Título X, se cambió la denominación de "Contraloría General de la Nación" por “Contraloría General del Estado”. Esta modificación, más que nominal, respondió a la necesidad de alinear las funciones institucionales con la definición del Estado como organización jurídica y política. Además, se instauró como el organismo de fiscalización y contabilidad de la hacienda pública.

En 1977 se expidió la ley Orgánica de Administración Financiera y Control (LOAFYC), que se publicó en el Registro Oficial 337, de 16 de mayo de ese año. Este cuerpo legal sustituyó a la Ley Orgánica de Hacienda Codificada. La LOAFYC contenía las normas fundamentales que rigen la estructura y funcionamiento de la Contraloría General del Estado e instauró el sistema de control gubernamental moderno de los recursos públicos.

Así, la Contraloría dejó de ser la oficina de contabilidad e intervención fiscal, para constituirse en un organismo superior de control de los recursos de las entidades del sector público, con la facultad de observar las operaciones financieras y administrativas de las

entidades públicas o privadas que manejen recursos estatales, a través de exámenes especiales, auditorías financieras y auditorías operacionales.

Objeto y ámbito de aplicación:

OBJETO Y ÁMBITO Art. 1.- Objeto de la Ley.- La presente Ley tiene por objeto establecer y mantener, bajo la dirección de la Contraloría General del Estado, el sistema de control, fiscalización y auditoría del Estado, y regular su funcionamiento con la finalidad de examinar, verificar y evaluar el cumplimiento de la visión, misión y objetivos de las instituciones del Estado y la utilización de recursos, administración y custodia de bienes públicos. Concordancias: • CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, Arts. 211 • CODIGO CIVIL (LIBRO II).

Arts. 604 Art. 2.- Ambito de aplicación de la Ley.- Las disposiciones de esta Ley rigen para las instituciones del sector público determinadas en los artículos 225, 315 y a las personas jurídicas de derecho privado previstas en el artículo 211 de la Constitución.

Nota: Artículo sustituido por Ley No. 00, publicada en Registro Oficial Suplemento

Funciones y atribuciones

Art. 31.- Funciones y atribuciones.- La Contraloría General del Estado, además de las atribuciones y funciones establecidas en la Constitución Política de la República, tendrá las siguientes: 1. Practicar auditoría externa, en cualquiera de sus clases o modalidades, por si o mediante la utilización de compañías privadas de auditoría, a todas las instituciones del Estado, corporaciones, fundaciones, sociedades civiles, compañías mercantiles, cuyo capital social, patrimonio, fondo o participación tributaria esté integrado, con recursos públicos; a las empresas adscritas a una institución del Estado, o que se hubieren constituido mediante ley, ordenanza o decreto, así como en el ámbito de su competencia, al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS) al Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas (ISSFA), y al Instituto de Seguridad Social de la Policía Nacional (ISSPOL). 2. Examinar los ingresos públicos, provenientes de diferentes fuentes de financiamiento, el control de ingresos no interferirá en las facultades reglamentaria, determinadora, resolutive, sancionadora, recaudadora y otras propias de la administración tributaria; 3. Examinar los gastos, inversiones, utilización, administración

y custodia de recursos públicos; 4. Examinar y evaluar en términos de costo y tiempo, la legalidad, economía, efectividad, eficacia y transparencia, de la gestión pública; 5. Examinar y evaluar el sistema de control interno de cada una de las instituciones sujetas a su control; 6. Ejercer la función fiscalizadora en las instituciones del Estado, mediante la predeterminación, o glosa y la determinación, para la oportuna protección y seguridad de los recursos públicos; 7. Identificar y evaluar los procedimientos internos de prevención contra actos de corrupción en las entidades sujetas a su control; 8. Evaluar las labores de auditoría externa efectuadas por compañías privadas de auditoría; 9. Exigir y examinar las declaraciones patrimoniales juramentadas e investigar los casos en que se presume enriquecimiento ilícito, en armonía con lo preceptuado en el artículo 122 de la Constitución Política de la República, de acuerdo a las regulaciones que se dicten para el efecto, y notificar a los organismos electorales o a la autoridad nominadora correspondiente, los casos de incumplimiento de las normas vigentes, para que se adopten las medidas legales pertinentes, sin perjuicio de las facultades de la Contraloría General del Estado en esta materia; Tratándose de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Ministro Fiscal General del Estado, miembros del Consejo Nacional de la Judicatura, ministros de las Cortes Superiores y Tribunales Distritales, conjuces de las Cortes de Justicia, jueces de instancia, fiscales, registradores de la propiedad, notarios, titulares y suplentes, autoridades, funcionarios y servidores del Servicio de Rentas Internas y Corporación Aduanera Ecuatoriana, Agencia de Garantía de Depósitos y demás autoridades, funcionarios y servidores incluidos en otras leyes, la declaración patrimonial juramentada deberá ser presentada a la Contraloría General del Estado, al inicio y al finalizar sus funciones y cada dos años, acompañando en este caso un historial de los bienes adquiridos y transferidos durante este lapso; o, en un período menor al señalado, cuando se separen de sus funciones en forma anticipada por cualquier causa. La investigación patrimonial se hará extensiva a los parientes comprendidos dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad y al cónyuge del funcionario declarante. 10. Evaluar los costos de los estudios, prestación de servicios, adquisición de bienes y construcción de obras de las instituciones del Estado; 11. Registrar las cauciones rendidas por los servidores públicos a favor de las respectivas instituciones del Estado; 12. Exigir el cumplimiento de las recomendaciones establecidas en los informes de auditoría, exámenes especiales y la aplicación de responsabilidades administrativas y civiles culposas; 13. Decidir la intervención como parte en los juicios civiles, penales, contencioso administrativos y otros relacionados con el manejo de los recursos públicos

que son objeto de control. La intervención del Contralor General no exime la responsabilidad del funcionario a quien las leyes confieran la representación correspondiente; 14. Evaluará el sistema de control interno administrativo y económico de la Función Judicial. En los procesos que se relacionen con recursos públicos podrá, únicamente a pedido del Presidente de la Corte Suprema de Justicia, realizar el control de los mismos para evitar o sancionar, de ser el caso, el cometimiento de irregularidades. El ejercicio de este control no interferirá con la potestad judicial y la administración de la justicia; 15. Actuar coordinadamente con el Ministerio Público para iniciar y proseguir los juicios penales, relacionados con delitos en el manejo de los recursos públicos. Los funcionarios actuantes de la Contraloría General del Estado que, en ejercicio indebido de sus facultades de control, causen daños y perjuicios al interés público o a terceros, serán civil y penalmente responsables;

17. Llevar un registro público de contratistas incumplidos y adjudicatarios fallidos de todos los contratos que celebren las instituciones del sector público, en base a la solicitud y resolución emitida por la respectiva entidad contratante; 18. Juzgar y examinar los fondos reservados destinados a la seguridad nacional, en armonía con lo establecido en la Constitución Política de la República y según las regulaciones que se dicten para el efecto; 19. Emitir opinión profesional respecto de los estados financieros consolidados de las instituciones del Estado, que el Ministerio de Economía y Finanzas o el organismo que haga sus veces, presentará anualmente al Congreso Nacional. Esta opinión será puesta en conocimiento de la Legislatura; 20. Informar anualmente al Congreso Nacional y al Presidente de la República sobre las labores de control, del ejercicio fiscal precedente; 21. Evaluar los resultados de consultorías, asesorías y transferencia de tecnología, nacional e internacional, cuando las mismas signifiquen egresos de recursos públicos; 22. Dictar regulaciones de carácter general para la práctica de la auditoría gubernamental; la determinación de las responsabilidades de que trata esta Ley; el control de la administración de bienes del sector público; y, las demás que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones; 23. Emitir y actualizar para su funcionamiento interno los reglamentos: orgánico funcional; de administración de personal de su competencia que incluirá la escala de remuneraciones mensuales unificadas y el régimen propio de remuneraciones; y, los demás que fueren necesarios. Nota: En cuanto a la Escala de Sueldos Básicos y Régimen propio de Remuneraciones, aparentemente derogados por el artículo 3 de la Ley No. 0, publicada en Registro Oficial Suplemento 294 de 6 de Octubre del 2010 . 24. Capacitar a los servidores públicos y personas que lo soliciten en las

diversas modalidades de control y auditoría de recursos públicos; 25. Asesorar obligatoriamente a las instituciones del Estado, y a las personas jurídicas de derecho privado sometidas a su control, a petición de éstas, sin que la asesoría implique vinculación en la toma de decisiones; y, generar un banco de datos sobre información de absolución de consultas y de los criterios institucionales adoptados por el Contralor General; 26. Contratar los servicios de profesionales, cuando se trate de asuntos de interés institucional que requieran de experiencia o conocimientos especializados. 27. Controlar la legalidad de los procesos en los cuales el Estado delegue o concesione sus facultades al sector privado, de acuerdo con lo previsto en la Constitución Política de la República y la ley; 28. Realizar el seguimiento y control continuos de las obras públicas en sus diferentes fases o etapas o en cada una de ellas, hasta su ejecución total; de los ingresos, gastos e inversiones; de la utilización de recursos; de la administración y custodia de bienes que tengan carácter público. Tal clase de control por ningún concepto constituirá participación o autorización de actos administrativos, los cuales son de responsabilidad²⁹. Auditar todo financiamiento internacional otorgado a favor de las instituciones del Estado, con arreglo a las normas de auditoría de la Contraloría General del Estado y de las de la entidad financiadora; incluyendo las operaciones de ajuste estructural y el destino último de los créditos o préstamos concedidos para el país; 30. Pronunciarse sobre los aspectos de legalidad, economía, eficiencia, efectividad y transparencia en el empleo de los recursos y bienes públicos, humanos, materiales, financieros, tecnológicos, ambientales, de tiempo y sobre los resultados de la gestión institucional; 31. Requerir a las instituciones del Estado estudios técnicos del ámbito de su competencia, proforma del Presupuesto General del Estado, anexo de ingresos, informe sobre la situación económica y fiscal del país, datos estadísticos, informes y otros documentos del sector público que permitan cumplir con las atribuciones y funciones que constan en la presente Ley; 32. Ejercer la coactiva para la recaudación de sus propios créditos; y, de las instituciones y empresas que no tengan capacidad legal para ejercer la coactiva, en concordancia con lo previsto en el artículo 57 de esta ley; 33. Disponer la baja de los títulos de crédito³³. Disponer la baja de los títulos de crédito, cuya recaudación le corresponda a la Contraloría General del Estado, siempre y cuando se demuestre que se hubieren hecho incobrables y cuya cuantía, incluidos los intereses, no supere los cuarenta dólares; 34. Establecer responsabilidades individuales administrativas, por quebrantamiento de las disposiciones legales, reglamentarias y de las normas de que trata esta Ley; responsabilidades civiles culposas, por el perjuicio económico sufrido por la

entidad u organismo respectivo, a causa de la acción u omisión de sus servidores, e indicios de responsabilidad penal, mediante la determinación de hechos incriminados por la ley; 35. Nota: Numeral derogado por numeral 5. Derogatorias de Ley No. 1, publicada en Registro Oficial Suplemento 395 de 4 de Agosto del 2008 .- 36. Una vez ejecutoriada la resolución que establezca la responsabilidad civil culposa, solicitar al juez correspondiente que dicte medidas cautelares civiles en contra de la autoridad, dignatario, funcionario o servidor público responsable, a fin de garantizar la reparación de los daños y perjuicios ocasionados y precautelar los intereses públicos; 37. Observar los derechos constitucionales individuales y las garantías del debido proceso en los informes que emita; y, 38. Ejercer las demás competencias, atribuciones y funciones que le confieran la Constitución Política de la República, la ley, y los reglamentos. Nota: Artículo reformado por Ley No. 42, publicada en Registro Oficial 404 de 23 de Agosto del 2004 • CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Arts. 421, 422, 897, 941 • CODIGO ORGANICO DE LA FUNCION JUDICIAL, Arts. 264 Jurisprudencia: • Gaceta Judicial, LA CONTRALORIA CONTROLA AL IEES, 07-sep-1993

3.1. INFORMES DE CONTRALORÍA EN DELITOS DE PECULADO

El examen especial, es uno de los principales servicios que brinda la Contraloría, como parte de la auditoría gubernamental, es, pues, como lo expresa el Art.19 de la LOCCGE, el examen que verificará, estudiará y evaluará aspectos limitados o de una parte de las actividades relativas a la gestión financiera, administrativa, operativa y medio ambiental; con posterioridad a su ejecución, aplicará las técnicas y procedimientos de auditoría, de la ingeniería o afines, o de las disciplinas específicas, de acuerdo con la materia de examen y formulará el correspondiente informe que deberá contener comentarios, conclusiones y recomendaciones.

Los informes de Contraloría dentro de su parte formal deberán contener la siguiente información:

- 1.- Unidad Administrativa de control que realiza el informe
- 2.- Numero de Informe (contendrá las siglas de la Unidad de Control, seguido por cuatro dígitos y el año de presentación.

3.- Nombre de la Entidad examinada

4.- Informe General (Contendrá el tipo de examen, nombre de la cuanta rubro o proceso, nombre de la entidad examinada; establecer la fecha o período determinado u examinado.

5.- Motivo del examen

6.- objetivos del examen

Alcance del examen

7.- Servidores relacionados.- Nombres, apellidos y cargos de los funcionarios que actuaron en ese período.

8.- Resultados del examen

Si bien es cierto Contraloría realiza un trabajo minucioso dentro de su área a fin establecer posibles indicios que permitan que fiscalía adecúe esta conducta en un tipo penal como es el de Peculado, los elementos aportados no son suficientes para realizar una posible imputación fiscal, así también muchos de estos informes no contienen de forma exacta el monto del perjuicio causado al estado o desde que fecha se inicia este perjuicio, vacíos que fiscalía debe subsanar y dentro de las investigaciones suplir a fin continuar con el proceso correspondiente es decir realizar una formulación de cargos.

3.2. INDICIOS DE RESPONSABILIDAD PENAL

A. INDICIOS Y PRESUNCIONES

No hay que confundir lo que constituyen los “indicios de responsabilidad penal” con las “presunciones de responsabilidad penal”.

Los indicios son hechos objetivos. Las presunciones, por el contrario, son suposiciones o elaboraciones mentales de deducción.

El Art. 87 del Código de Procedimiento Penal dispone que las presunciones del juez en el proceso penal estarán basadas en indicios probados, graves, precisos y concordantes. Por los avances tecnológicos contemporáneos, los indicios de responsabilidad penal han cobrado gran importancia en la práctica penal, en desmedro de las presunciones, que son elaboraciones mentales que pueden ser equívocas, pues en el campo de las conjeturas casi todo es posible. En la auditoría forense, las técnicas han evolucionado en los últimos treinta años más que en toda la historia de la administración pública o privada.

Para determinar los indicios de responsabilidad penal, debemos tomar en consideración sus elementos indispensables los que, según el Diccionario de Derecho Usual de Cabanellas, son éstos:

- a) Que no sean equívocos;
- b) Que sean directos;
- c) Que sean concordantes;
- d) Que se funden en hechos reales y probados.

Nunca en otras presunciones e indicios

Cabe puntualizar que los indicios de responsabilidad penal constituyen dentro del proceso una prueba semiplena, es decir aquella que la justicia puede aceptar o rechazar. No son la última palabra y, necesariamente, el Fiscal y el Juez habrán de complementarlos con otras pruebas y presunciones para adoptar la decisión final de la justicia que se concreta en la sentencia condenatoria o el sobreseimiento.

B. ¿QUIÉNES DETERMINAN LOS INDICIOS DE RESPONSABILIDAD PENAL?

Son la Contraloría General del Estado y la Fiscalía General del Estado.

La Constitución de la República, en el Art. 212 numeral 2 dispone, entre las funciones de la Contraloría General del Estado, la de determinar indicios de responsabilidad penal, sin perjuicio de las funciones que en esa materia tiene la Fiscalía General del Estado. Nuestra Ley Orgánica, en el numeral 34 del Art. 31, ratifica la capacidad de la Contraloría General del Estado para determinar dichos indicios.

La Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución de 24 de febrero de 2010, publicada en el Registro Oficial No. 154 de 19 de marzo del mismo año, dispuso que: para el inicio de la Instrucción Fiscal en los delitos a que se refieren los artículos 257, los innumerados agregados a continuación de éste y los innumerados agregados a continuación del 296 del Código Penal, se requiere del informe previo de la Contraloría General del Estado, en el que se determinen indicios de responsabilidad penal.

3.3. ¿QUE ES LA SEGURIDAD JURÍDICA?

Es deber primordial del Estado ecuatoriano es asegurar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, el respeto absoluto a esa realidad conformada por los derechos fundamentales de la persona.

Es así que la Constitución impone al Estado en su conjunto el deber de ejercer acciones positivas tendientes a conseguir dos propósitos claros: a) asegurar el goce de los derechos fundamentales y, b) elaborar y poner en práctica programas de acción permanentes, que contengan medidas para que las personas tengan asegurado el goce efectivo de derechos.

Es fácil observar que nuestra constituyente vincula la seguridad jurídica de los habitantes del Ecuador con los derechos humanos y las libertades fundamentales, con su efectiva e inmediata vigencia, con la reserva de ley para su tratamiento, con la imposición de la interpretación pro libertatis, con la interdicción que, incluso, la misma ley restrinja su núcleo esencial, es decir, la seguridad jurídica tiene como presupuesto, fundamento, contenido y finalidad los derechos fundamentales de las personas. Luego, el Ecuador superó la etapa en que el concepto de seguridad jurídica se limitaba al imperio de la legalidad, a la vigencia del derecho positivo como suficiente para su vigencia que, aunque importante, no es suficiente. En efecto, la positivación del derecho, el derecho escrito es trascendente para una efectiva seguridad jurídica, sin embargo los sistemas jurídicos anglosajones nos demuestran que semejante seguridad jurídica se consigue, también, con la costumbre de aplicar los precedentes judiciales que, sustancialmente, sigue el sistema inglés como el norteamericano y el de los países escandinavos, sin perjuicio que exista o no el derecho escrito. } }

En todos los tiempos y en toda clase de estados inconmensurablemente se ha discutido sobre la preeminencia de la seguridad jurídica, sin embargo ésta dispensa que forma parte de los derechos humanos reconocido en casi todas las legislaciones positivas del mundo, es el que más veces ha sido vulnerado por los ungidos del poder público, quizá por no haberlo considerado como un derecho fundamental, o quién sabe para ocultar su arbitrariedad o exceso en el ejercicio del poder.

La seguridad jurídica en la Constitución:

La Constitución de la República del Ecuador del 2008, en el Art. 82 proclama el derecho a la seguridad jurídica, y expresa que se fundamenta en el respeto a la constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, aplicadas por los jueces competentes, vale decir es la vigencia auténtica de la ley.

De la ligera conceptualización que la Constitución infiere sobre la seguridad jurídica, se puede concluir que ésta es la tutela y confianza de que el Estado en todo momento respetará todos los derechos de sus administrados, el derecho a la libertad, a la propiedad privada, a la libertad de expresión, al debido proceso, entre otros, precisamente por la existencia de una norma pública previa que impone, permite o prohíbe, y a la cual no únicamente debe adecuar su acción el poder público, sino que además debe inexorablemente aplicarla.

Constituye fundamento de la seguridad jurídica, el respeto al principio de legalidad; y, el orden jerárquico de aplicación de las normas; por el primero, los actos del poder público emitidos en los términos exactos que la ley autoriza o le faculta, la potestad administrativa no puede ir más allá de lo previsto en la Ley; y, por el segundo, esa misma autoridad pública en la expedición de sus actos, está constreñida en aplicar primero la Constitución, y bajo de ella las siguientes normas en su orden: los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

Cuando el poder público adecua su gestión a la norma jerárquicamente superior, dejando de aplicar aquella que se le contrapone, y produciendo actos en los términos exactos franquados en la constitución y en la ley, podremos afirmar que la seguridad jurídica es una realidad y no una simple quimera constitucional, y los individuos tendrán la plena confianza en un estado constitucionalista y garantista de derechos.

Uno de los frecuentes casos que afectan a la seguridad jurídica, se origina no solo cuando se deja de aplicar la Constitución o la Ley, sino cuando se dictan reglamentos en virtud de los cuales invadiendo potestades privativas conferidas poder legislativo, crean, modifican o extinguen derechos u obligaciones, o lo que es más grave aún, determinan infracciones y sanciones administrativas, contrariando de ésta forma el orden jerárquico

de aplicación de las normas, y el principio de legalidad contemplado en el numeral 3 del Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador que por su importancia se lo cita: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley”.

De lo expresado, solo mediante acto legislativo se pueden expedir leyes que contengan infracciones penales, administrativas o de cualquier naturaleza, y solo por ley se pueden imponer sanciones. Mandato Constitucional que tiene su razón de ser, para evitar arbitrariedades, abusos e inclusive anarquía en el ordenamiento jurídico, que podría llegar a atentarse contra cualquier derecho constitucional de las personas.

Los Reglamentos están subordinados a la Ley y ésta a su vez a la Constitución, razón por la que ninguna norma reglamentaria puede ir contra la Ley, ni crear, modificar o extinguir derechos u obligaciones y menos aún determinar sanciones. Aún en el caso de que se llegase a sostener la procedencia de sanciones vía reglamento, se estaría frente a un típico caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, ante lo cual la autoridad pública debe aplicar la norma jerárquica superior esto es la Constitución. Actuar de forma contraria, constituiría una clara demostración de inseguridad jurídica, que desemboca en la falta de confianza del ser humano en la vigencia y aplicación de la Ley.

Conclusión:

- Del análisis realizado se colige que no solo se afecta a la seguridad jurídica cuando se deja de aplicar la Constitución o la Ley, sino cuando se dictan reglamentos en virtud de los cuales invadiendo potestades privativas, conferidas se restringe facultades lo que origina inseguridad jurídica, en la tramitación de procesos derivados de estas facultades.
- Del estudio del presente tema se desprende que el informe de Contraloría, exigido como requisito de procedibilidad para iniciar instrucción Fiscal en los delitos de Peculado, resta y limita facultades a la Fiscalía General del estado, lo que contraviene lo que establece la Constitución de la República del Ecuador en su Art. 195

- Todos los ecuatorianos tienen derecho a un debido proceso es decir conocer de forma directa y clara de que delito se les investiga así como sus versiones e inclusive la remisión de documentos de cargo y descargo deberán ser bajo los principios establecidos en la Constitución, ya que con el inicio de un Examen especial realizado por la Contraloría se abre la puerta para la práctica de un universo de diligencias tendientes al esclarecimiento de los hechos , mismas que se practicarán sin la presencia o supervisión de Fiscalía y en donde con seguridad nos encontraremos frente a una flagrante violación al debido proceso y derecho a la defensa.

Recomendación

Es desolador e incierto el panorama de la seguridad jurídica, frente a un marco jurídico cada vez más inestable, que impide se promueva un adecuado desarrollo de los derechos sociales, de allí que la consecuencia más drástica de la inseguridad jurídica es la desconfianza, temor, desconcierto y el sentimiento del ser humano de falta de protección frente al poder público, lo cual puede inducir a una sociedad organizada a la desobediencia civil, para persuadir a los poderes públicos no solo a que enmarquen su actuar a la norma preexistente, sino que además, profundicen la cultura de respeto a los derechos humanos, y conminándolos a que ningún acto pueda transgredirlos. Por ello es necesario reformar el Código Orgánico Integral Penal, mediante un anteproyecto de ley reformativa, sobre la presentación del informe de Contraloría como requisito de procedibilidad, a fin evitar la vulneración de la Seguridad jurídica y proponer alternativas de solución. Que garanticen a la sociedad que estos delitos no queden en la impunidad y se tramiten de forma ágil y oportuna.

g) METODOLOGÍA A EMPLEAR: MÉTODOS, TÉCNICAS Y HERRAMIENTAS EMPLEADAS EN LA INVESTIGACIÓN

La sociedad Ecuatoriana requiere formas de investigación coherentes pertinentes y uno de ellos lo constituye el enfoque crítico – propositivo, el primero que cuestiona los modelos de hacer investigación que no explican la totalidad del fenómeno, y propositivo al no contemplar pasivamente los fenómenos, sino que actúa en la realidad concreta y lo

transforma, propone alternativas de solución construidas en un clima de sinergia y pro actividad.

Su modalidad cuan y cualitativa privilegia la interpretación, comprensión y explicación de los fenómenos sociales, busca la esencia para analizarlos dentro de las relaciones e interacciones; la modalidad cualitativa permite la intervención de la subjetividad por tratarse de fenómenos sociales, y utiliza lo cuantitativo con los análisis matemáticos. La tendencia actual valora la modalidad mixta con el predominio de la cualitativa.

Por su alcance la investigación es descriptiva explicativa, la primera para analizar cómo es y cómo se manifiesta un fenómeno, y explicativa dirigida a encontrar las causas que provocan los fenómenos y los procesos.

Los métodos, técnicas e instrumentos que se emplearán son teóricos y empíricos

Métodos Empíricos, que son un conjunto de acciones prácticas que determinan rasgos y regularidades del fenómeno a investigar, y son: observación científica, medición, experimentación, análisis documental.

Métodos Teóricos, histórico- lógico, analítico- sintético, inductivo – deductivo, sistémico, entre otros

MÉTODOS

Los métodos a utilizarse en esta investigación son:

- **Método Histórico-Lógico.-** Con el cual se puede conocer la evolución histórica de los derechos para que sean considerados fundamentales, así como la lectura y estudio de las sentencias dictadas por los tribunales penales de la ciudad de Riobamba observar los cambios y beneficios que se pueden adoptar para mejorar y optimizar recursos lo que permitirá cumplir con el ideal de una tutela judicial efectiva.
- **Método Analítico-Sintético.-** Se emplea en la medida de que se analice el paradigma del garantismo constitucional de los derechos fundamentales, estableciendo sus características, límites, controversias, etc.

- **Método Descriptivo-Sistemático.-** Considerándose que es una observación actual de los fenómenos y casos, procurando la interpretación racional.
- **Método Axiológico-Jurídico.-** Permite hacer un estudio de los valores jurídicos, es decir, de aquellos que deben tener en cuenta los operadores del derecho, respecto de aquel conjunto de creencias que nos dictan la forma de conducta más aceptada socialmente. Los valores determinan las normas morales, es decir que los valores establecen un modelo de conducta aceptable en una sociedad y para garantizar que este modelo sea observado por los miembros de esa sociedad se emiten las normas que regulan la actuación del individuo dentro de la sociedad.
- **Método Comparativo.-** Aplicable en el estudio de similitudes, propuestas, recepciones, exportaciones, importaciones, fusiones, transformaciones, etc., afinadas a este tema constitucional, en relación al resto de legislaciones de nuestra región y continente.

TÉCNICAS

Las técnicas que se utilizan generalmente en una investigación son: **la observación directa y análisis de un caso**. En el presente trabajo se hará uso de la técnica de observación directa tanto de material bibliográfico, como del análisis de sentencias de los Tribunales Penales; por tratarse la presente investigación de carácter doctrinario, debido a que únicamente la doctrinas de los tratadistas, nacionales y extranjeros, otorga la información indispensable para el desarrollo de los capítulos que conforman el proyecto. Del mismo modo, se acudirá al análisis de sentencias dictadas por los tribunales Penales de la provincia de Chimborazo.

HERRAMIENTAS

Se utilizarán en la recopilación de información de libros y sentencias, procurando registrar la información en las fichas bibliográficas y nemotécnicas.

- **Las Fichas Bibliográficas o de Referencia**, servirán para el acopio de la descripción de los libros o publicaciones de los autores que se han utilizado en esta investigación.
- **Las Fichas Mnemotécnicas**, llamadas también “ayuda a la memoria”, en cambio permitirán el registro oportuno de citas textuales útiles para el desarrollo de aspectos importantes que no se pueden olvidar.
- **Las Fichas de Campo**, son aquellas que van registrando la información de forma detallada de autores y de libros, con la diferencia que van acomodándose a los requerimientos de cada uno de los temas que se plantean en el esquema de investigación.

ANALISIS DE UN CASO PRÁCTICO DE PECULADO

INSTRUCCIÓN FISCAL No. 060101812050029

DELITO: Peculado

FUERO PROVINCIAL: Dr. Diego Andrade Ulloa, Fiscal Provincial de Chimborazo

ENTIDAD PERJUDICADA: GADM RIOBAMBA

EN CONTRA DE: Lcdo. Juan Alberto Salazar López (Alcalde de Riobamba) y otros.

MONTO PERJUICIO: \$ 13.776.000,38 USD

ANTECEDENTES:

El 10 de abril del 2013 el Licenciado Juan Salazar, Alcalde del Municipio de Riobamba indica que se habrían producido transferencias de la cuenta que mantienen con el Banco Central, a cuentas bancarias de personas naturales y jurídicas ajenas a la institución municipal, causando un perjuicio de más de trece millones de dólares al Estado Ecuatoriano.

El 11 de abril la Fiscal de turno solicita al Juez disponga la inmovilización de los dineros y se emita órdenes de detención con fines investigativos. Inicialmente se presumía que se trataba de un hackeo debido al uso de las claves entregadas a empleados del Municipio.

Se remite a la Fiscalía de Chimborazo el Informe con indicios de responsabilidad Penal como parte del examen especial realizado a las cuantas del Municipio de Riobamba en el periodo de 01 al 16 de abril del 2013, en donde se han determinado transferencias realizadas a terceros ajenos a la institución municipal por parte de funcionarios municipales ya que al verificar en el sistema estas se realizaron con las direcciones y coordenadas entregadas al Alcalde y Tesorero encargado. Así también se menciona que los funcionarios municipales que perdieran o entregaren sus tarjetas de coordenadas SP y SPI serán responsables penalmente por uso indebido o doloso, por lo que el 27 de abril del 2013, en base al informe remitido por Contraloría, se da inicio a la Instrucción Fiscal en contra de Juan Alberto Salazar López y Mario Danilo Campos Bonilla, Alcalde y Tesorero y el 27 de abril, se vincula a Fanny Lazo Ramírez y Nelly Oviedo Manzano funcionarias del Municipio de Riobamba.

A partir del mes de mayo del 2013, se disponen numerosas diligencias dentro de la Instrucción Fiscal entre ellos apertura dispositivos; allanamientos; reconocimientos, versiones, Pericias informática, entre otras.

El 4 de Junio, el Dr. Marcos Díaz Merino, asume el cargo de Presidente Subrogante de la Corte Provincia.

En el mes de junio se realizan varias audiencias de vinculación solicitadas por fiscalía, se trataba de personas que habían recibido transferencias bancarias de dineros del GAD M Riobamba

El martes 3 de Septiembre se realiza la audiencia de Amparo de Libertad interpuesta por Mario Danilo Campos Bonilla y Fanny Victoria Lazo Ramírez, en la Sala Especializada de Lo Penal, mismas que fueron negadas.

El día lunes 30 de septiembre se declara concluida la Instrucción Fiscal por parte del Dr. Diego Andrade Ulloa, Fiscal Provincial de Chimborazo (E), El día martes 15 de octubre

del 2013 se inicia la audiencia Preparatoria de juicio y formulación de dictamen Fiscal, la misma que concluye el martes 29 de octubre del 2013, en la que el Fiscal Provincial de Chimborazo, emite dictamen mixto, acusando a treinta y seis procesados y obteniéndose de cinco procesados entre.

En la reinstalación de la audiencia preparatoria de juicio y formulación de dictamen, el Presidente Subrogante de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, Ab. Marcos Diaz Merino, resuelve, dictar auto de llamamiento a juicio en contra de 30 de los 41 procesados; ha dictado sobreseimiento provisional a favor de cinco procesados y respecto de las seis abstenciones del señor Fiscal Provincial, remite en consulta el proceso al señor Fiscal General del Estado.

Un año después, el 2 de abril de 2014, se llamó a audiencia de juzgamiento a 33 procesados por el caso de peculado, entre quienes estaba el exalcalde de Riobamba, Juan S. Un total de 13 procesados fueron acusados como presuntos autores, 4 como cómplices y otros 13 están prófugos. A ellos se los acusó del desvío de \$ 13 millones del Municipio de Riobamba hacia cuentas particulares.

Quince días después, un tribunal declaró culpables por el delito de peculado a 27 procesados y se pronunció por la inocencia de 3, entre ellos Fanny L. El 18 de febrero de este año, 24 acusados presentaron recursos de nulidad y apelación a la sentencia. El 24 de febrero de 2015, el tribunal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo negó los recursos y ratificó la sentencia de 8 años de prisión en calidad de autores a los acusados Juan S., exalcalde; Mario C., extesorero; y, Nelly O., ex asesora. Además, la Corte de Chimborazo acogió la apelación del fallo de la Fiscalía y Contraloría en el caso de la ex financiera del cabildo riobambeño, Fanny L., a quien la sentenció a 12 años de reclusión, pero por buena conducta la pena se redujo a 8 años.

Sentencia emitida por el delito de Peculado en la que se tomaron en cuenta ciertas consideraciones como las que se anotan:

- Núcleo o verbo rector: de la conducta antijurídica que es “abusar” del cargo público que ejerce el funcionario para favorecerse o favorecer a personas naturales o jurídicas, concediendo contratos o la realización de negocios con el Estado. Implica la acción

humana con la cual se lesiona el derecho de otra persona y es la acción ejecutiva misma del cometimiento del delito • Sujeto activo: debe ser un servidor público o una persona encargada de un servicio público; • Objeto material: del delito serán siempre los “dineros públicos o privados (en el caso de instituciones del sistema financiero), de efectos que lo representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo”; y • Sujeto pasivo: es la persona sobre la cual recae la ejecución del delito; de manera general, en el caso del peculado la víctima del delito somos todos los ecuatorianos o ecuatorianas representados por el Estado, pues producto del mismo se identifican dos consecuencias negativas como es la pérdida de dinero para la Administración Pública, y la pérdida de confianza en el sistema estatal y su accionar a través de sus funcionarios. • Bien jurídico protegido: en esta clase de delitos es la Administración Pública, y siendo el verbo rector el abusar, aquello implica una conducta dolosa, pues no es posible abusar por violación al deber objetivo de cuidado (culpa); la negligencia o imprudencia en materia de peculado no es punible. El peculado se comete únicamente de forma “dolosa”, al menos así lo ha establecido la legislación ecuatoriana."

Luego de este caso Fiscalía General ante el requerimiento de la Contraloría de conocer el estado de los informes que remitía, hace 2 años la Fiscalía emprendió un proceso para recabar información al respecto en las fiscalías provinciales. Para ello, la Fiscalía estableció un doble mecanismo en las dependencias provinciales que consistía en que se busque esos informes y se reporte en qué estado se encuentran, para lo cual se visitaron todas las fiscalías del país. Así se determinó que desde la administración de Carlos Pólit se enviaron 1.795 informes con indicios de responsabilidad penal a la Fiscalía, explicó Galo Chiriboga Zambrano, quien ayer presentó el nuevo Sistema informático de actuación fiscal.

h) PROPUESTA DE LA INVESTIGACIÓN.

Elaborar un anteproyecto de ley reformativa al Código Orgánico Integral Penal, que contenga la omisión y no exigencia como requisito de procedibilidad la presentación del informe de Contraria, a fin evitar la vulneración de la Seguridad jurídica y acelerar los procesos penales en Fiscalía.

Exposición de Motivos:

La Constitución de la República, vigente desde el 20 de octubre del 2008, dentro de su articulado coloca de forma importante al Peculado en uno de los delitos con mayores efectos restrictivos en el proceso, después de su cometimiento e inclusive después de su juzgamiento, por cuanto ha afectado la administración pública y con ello la confianza depositada en él. La inhabilidad para postular por un puesto de elección popular luego de haber recibido sentencia condenatoria por este delito; La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas, son solo algunos de los candados que se ha considerado en el texto constitucional para garantizar de manera efectiva la aplicación de esta norma; sin embargo nos enfrentamos a ciertas restricciones impuestas en el Código Integral Penal que limita el ejercicio de la acción penal cuando esta al contrario tomando en consideración la importante normativa introducida en el texto constitucional debería tener un procedimiento mucho más ágil y oportuno que no coarte ni deje en la impunidad este tipo de delitos.

La Constitución de la República del Ecuador en su Art. 212 numeral 2 establece que la Contraloría General del Estado, determinará responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado pues como establece el Art. 195 de la Carta Magna en concordancia con lo que establece el Art. 442 del Código Orgánico Integral Penal una de las principales funciones de Fiscalía es dirigir la acción penal pre procesal y procesal penal, haciéndose necesario puntualizar que Fiscalía tiene la **titularidad de la acción penal**, misma que con la vigencia y exigencia del informe de Contraloría como requisito de procedibilidad, la función de Fiscalía se ve supeditada y restringida en su ejercicio penal por la Contraloría.

La Constitución del República del Ecuador en su Art. 82.- establece que “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”. Al crear normas jurídicas que siendo previas, claras, públicas se contraponen a la normativa constitucional y atañan el verdadero espíritu de celeridad eficacia y eficiencia

en la tramitación de ciertos delitos que afectan de manera directa al Fisco y a la Administración Pública pues se está limitando el derecho del Estado, en virtud a ello considero que se está afectando la seguridad jurídica.

Hasta el 2007, el organismo que ejercía el poder legislativo en el Ecuador era el *H. Congreso Nacional del Ecuador*. La asamblea se instaló en Ciudad Alfaro en el cantón Montecristi y como consecuencia de esto el Congreso Nacional fue cesado en sus funciones mientras se elaboraba la constitución. Una vez terminada el proyecto de constitución, este fue sometido de nuevo a referéndum constitucional el 28 de septiembre de 2008 en la cual fue aprobada la nueva Constitución del Ecuador. Finalmente, tras las elecciones de 2009, se instaló el primer periodo legislativo de la Asamblea Nacional, el 31 de julio de 2009.

El 14 de mayo de 2013 se instaló el segundo periodo. Este fue clausurado el 11 de mayo de 2017.¹ El tercer periodo instalado el 14 de mayo de 2017.

La Constitución de la república del Ecuador en su Art. 120, numeral 6 establece que dentro de las funciones de la Asamblea nacional está la de Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes; en este caso se considera indispensable elaborar e introducir la presente reforma ante la Asamblea Nacional, con el objeto de que se pueda derogar el la exigencia del informe de contraloría en los delitos de peculado; garantizando con aquello la seguridad jurídica, encasillada en el deber del Estado de comprometerse con la ciudadanía en promover una actividad jurisdiccional transparente con respecto a las decisiones judiciales sobre las pretensiones deducidas.

EL PLENO DE LA ASAMBLEA NACIONAL.

CONSIDERANDO:

UNO.- Que el artículo 84 de la Constitución de la República manda como obligación de la Asamblea Nacional, por ser un órgano con potestad normativa, adecuar formal y materialmente las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la misma Constitución.

DOS.- Que de conformidad con lo previsto en el artículo 118 de la Constitución de la República en concordancia con el artículo 120 No. 6 ibídem, es deber y atribución de la

Asamblea Nacional, ejercer la función legislativa y aprobar normas generales de interés común como leyes.

TRES.- Que el artículo 233 de la Constitución de la República establece rigurosas sanciones para quienes incurran en el cometimiento del delito de Peculado, como es la imprescriptibilidad de la acción así como la opción de iniciar el proceso incluso en ausencia de las personas acusadas.

CUATRO.- Que es necesario que la legislación vigente dote de mecanismos que permitan un procedimiento ágil, simplificado y oportuno frente al cometimientos de delitos en contra de la administración pública.

QUINTO.- Que es necesario brindar y hacer efectivos todos los mecanismos expeditos que aseguren el acceso a la justicia constitucional, y que aseguren los principios de seguridad jurídica, motivación, uniformidad, eficacia, inmediación, oralidad, dispositivo, celeridad y economía procesal, bajo el cumplimiento estricto de garantías del debido proceso y tutela judicial efectiva.

SEXTO.- Que el presente artículo del Código Orgánico Integral Penal, obstaculiza y limita la labor de Fiscalía, al considerarse como requisito de procedibilidad el informe de Contraloría, pues restringe sus funciones y permite de los derechos de los demás.

SEPTIMO.- Que es esencial reformar el Código Orgánico Integral Penal, conforme a lo preestablecido en el Art. 581, inciso final.

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.

Art. 1.- Elimínese el inciso final del Art. 581 que dice: “Para el ejercicio de la acción penal, por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, constituye un presupuesto de procedibilidad que exista un informe previo sobre indicios de la responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado

Art. 2.- A continuación del numeral 3 del Art. 581, incorpórese el siguiente inciso:

“Para el ejercicio de la acción penal, por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito no constituye un presupuesto de procedibilidad que exista un informe previo sobre indicios de la responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado”

DISPOSICIÓN FINAL

Art. 3.- La presente Ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial”.

Dado y firmado en San Francisco de Quito, a los

Dr. José Serrano Salgado

PRESIDENTE

ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR

i) CONCLUSIONES

- Las acciones a seguirse frente al cometimiento del delito de Peculado o enriquecimiento ilícito deberán ser de inmediato cumplimiento sin que se exija la presentación del Informe de Contraloría con indicios de responsabilidad, Fiscalía iniciará las acciones pertinentes de oficio o a petición de parte únicamente con la certeza de que cuenta con elementos suficientes para una imputación.
- El procedimiento para el inicio de investigación debe ser oportuno
- De manera general, en el caso del peculado la víctima del delito somos todos los ecuatorianos o ecuatorianas representados por el Estado, pues producto del mismo se identifican dos consecuencias negativas como es la pérdida de dinero para la Administración Pública, y la pérdida de confianza en el sistema estatal y su accionar a través de sus funcionarios, en tal virtud es necesario garantizar procedimientos rápidos y oportunos frente al cometimiento de este tipo de delitos.
- Todos los jueces nacionales deben observar, inicialmente, los derechos humanos establecidos en la Constitución Ecuatoriana y en los tratados internacionales de los que el Estado es parte, con apeo en los razonamientos emitidos por el Poder Judicial al momento de su dilucidación; y de ser necesario, acudir a los criterios interpretativos de la Corte Constitucional para evaluar si existe alguno que resulte más favorecedor, en procura de una protección más colosal y adecuada del derecho que se pretende proteger.

j) BIBLIOGRAFÍA

1. Contraloría General Del Estado, *Investigaciones Jurídicas El Peculado*, Dirección Jurídica- Departamento de Estudios Jurídicos y Cauciones.
2. Beltrán Haddad, Delitos contra la Administración Pública, *Librería Alvaronora-caracas 2014*.
3. Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. por Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
4. Alexy, Robert, *Teoría del Discurso y los Derechos Constitucionales*, Distribuciones Fontamara S.A. México, 2005.
5. Álvarez Conde, Enrique, *Curso de Derecho Constitucional*, Volumen I, Editorial

LEGISGRAFÍA:

6. Constitución de la República del Ecuador, *Editorial Jurídica del Ecuador*, Quito, 2010.
7. Convención Interamericana de Derechos Humanos, “Pacto San José de Costa Rica”, 1981.
8. Código Orgánico Integral Penal
9. Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009.
10. Resolución de 24 de febrero de 2010 //Registro Oficial No. 154, de 19-mar-2010
11. Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional, R.O. N° 127-2010.

LINKOGRAFÍA:

12. <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/699>
13. Este contenido ha sido publicado originalmente por **Diario EL COMERCIO en la siguiente dirección:** <http://www.elcomercio.com/actualidad/penas->

funcionarios-corruptos-codigo-penal.html. Si está pensando en hacer uso del mismo, por favor, cite la fuente y haga un enlace hacia la nota original de donde usted ha tomado este contenido. **ElComercio.com**

k) DATOS PERSONALES:

NOMBRES: LINDA AZUCENA DEL PINO ACEVEDO

TELEFONO: 0983519328

CORREO ELECTRÓNICO: lindadelpinoacevedo@yahoo.es

PROGRAMA: MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL