



UNIVERSIDAD TECNICA DE BABAHOYO

**FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS, SOCIALES Y DE LA
EDUCACIÓN**

PROGRAMA CARRERA DE JURISPRUDENCIA

**TESIS DE GRADO, PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL
TITULO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES DE LA
REPUBLICA**

TEMA :

**PECULADO Y LAS CONTROVERCIAS ENTRE LA
ADMINISTRACION DE JUSTICIA Y LA
CONTRALORIA.**

POSTULANTE :

CESAR AUGUSTO ANDRADE MARTINEZ

MONTALVO AÑO: 2011



UNIVERSIDAD TÉCNICA DE BABAHOYO

FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS, SOCIALES Y DE LA
EDUCACIÓN

PROGRAMA CARRERA DE JURISPRUDENCIA

APROBACIÓN DE LA SUSTENTACIÓN.

EL TRIBUNAL EXAMINADOR DEL PRESENTE TRABAJO
INVESTIGATIVO, TITULADO: "PECULADO Y LAS
CONTROVERCIAS ENTRE LOS ADMINITRADORES DE
JUSTICIA Y LA CONTRALORIA"

PRESENTADO POR EL SENOR CESAR ANDRADE

OTORGA LA CALIFICACION DE

.....
EQUIVALENTE A:

.....
TRIBUNAL:

DECANO

SUBDECANO

DELEGADO H.
CONSEJO DIRECTIVO

TUTOR DE TESIS

LECTOR DE TESIS

SECRETARIO

Babahoyo Abril 2011



UNIVERSIDAD TÉCNICA DE BABAHOYO

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS, SOCIALES Y DE LA
EDUCACIÓN**

PROGRAMA CARRERA DE JURISPRUDENCIA

APROBACIÓN DEL TUTOR DE TESIS

Babahoyo, Abril del 2011

En mi calidad de Tutor de Tesis titulada "PECULADO Y LAS CONTROVERCIAS ENTRE LOS ADMINISTRADORES DE JUSTICIA Y LA CONTRALORIA", presentada por el señor CESAR AUGUSTO ANDRADE MARTINEZ, alumno de la Carrera Programa de Jurisprudencia, certifico que aprobó su trabajo practico de investigación, el cual cumple el aspecto metodológico y reúne los requisitos establecidos por la Facultad.

Solicito que sea sometido a la evaluación del Jurado Examinador que el Honorable Consejo Directivo designe.

Lcdo. Eduardo Gáelas Guijarro

TUTOR DE TESIS



UNIVERSIDAD TÉCNICA DE BABAHoyo

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS, SOCIALES Y DE LA
EDUCACIÓN**

PROGRAMA CARRERA DE JURISPRUDENCIA

APROBACIÓN DEL LECTOR DE TESIS

Babahoyo, Abril del 2011

En mi calidad de Tutor de Tesis titulada "PECULADO Y LAS CONTROVERCIAS ENTRE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA Y LA CONTRALORIA", presentada por el señor CESAR AUGUSTO ANDRADE MARTINEZ, Egresado de la Carrera Programa de Jurisprudencia, certifico que aprobó su trabajo practico de investigación, el cual cumple el aspecto metodológico y reúne los requisitos establecidos por la Facultad.

Solicito que sea sometido a la evaluación del Jurado Examinador que el Honorable Consejo Directivo designe.

Ab. Enrique Coello Lema

LECTOR DE TESIS



UNIVERSIDAD TECNICA DE BABAHOYO

**FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS, SOCIALES Y DE LA
EDUCACIÓN**

PROGRAMA CARRERA DE JURISPRUDENCIA

CERTIFICADO DE AUTORIA DE TESIS

Babahoyo Abril 2011

Yo, CESAR AUGUSTO ANDRADE MARTINEZ, portador de la Cedula de Ciudadanía N. 1202737837, estudiante del Seminario de Tesis, previo a la obtención del Título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, declaro que soy autor del presente trabajo de investigación jurídica, el mismo que es original, autentico y personal.

Todos los efectos académicos legales que se desprenden del presente trabajo es responsabilidad exclusiva del autor.

CESAR ANDRADE MARTINEZ

DEDICATORIA

**Mi tesis la dedico, a
mi esposa Yanina Vélez,
a mis hijas Dayanna,
Niurka, Briana,
y a mi madre
Raquel Martínez.**

AGRADECIMIENTO.

**Agradezco a
Dios
mi esposa Yanina Vélez,
a mis hijas Dayanna,
Niurka, Briana,
y a mi madre
Raquel Martínez, a todas
las personas que contribuyeron
para la realización de esta nueva
etapa de mi vida.**

ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN.	1
CAPITULO I	2
I. CAMPO CONTEXTUAL PROBLEMÁTICO	2
1.1 Contexto Nacional, Regional, Local e Institucional	2
1.2 Situación actual del objeto de investigación	3
1.3 Formulación del Problema	5
1.3.1 Problema General	5
1.3.2 Problemas Derivados	5
1.4 Delimitación de la Investigación	6
1.5 Justificación	7
1.6 Objetivos	8
1.6.1 Objetivo General	8
1.6.2 Objetivos Específicos	8
CAPITULO II	9
2. Marco Teórico	9
2.1 Alternativas Teóricas Asumidas	9
2.2 Categorías de Análisis Teórico Conceptual	25
2.3 Planteamiento de Hipótesis	67
2.3.1 Hipótesis General	67
2.3.2 Hipótesis Específicas	67
2.4 Operacionalización de las Variables de las Hipótesis Específicas.	68
CAPITULO III	69
3. Metodología	69
3.1 Tipo de Estudio	69
3.2 Universo de Investigación	69
3.2.1 Población	69
3.2.2 Muestra	70

3.3 Métodos y Técnicas de Recolección de Información	70
3.4 Técnicas e instrumentos	71
3.5 Procesamiento de la información	73
3.6 Procedimiento	74
Gráficos Estadísticos	77
3.7 Comprobación y discusión de Hipótesis	102
3.8 Conclusiones	102
3.9 Recomendaciones	103
CAPITULO IV	
4. RECURSOS Y PRESUPUESTO	105
4.1 Recursos Humanos	105
4.2 Recursos Materiales	105
4.3. Presupuestos	106
CAPITULO V	107
5. Propuesta Alternativa	107
5.1 Título	107
5.2 Presentación	107
5.3 Fundamentación.	108
5.4 Objetivos	108
5.4.1 Objetivo General	108
5.4.2 Objetivos Específicos	109
5.5 Contenidos	109
5.6 Descripción de los aspectos operativos relacionados con el contenido de la propuesta	112
5.7 Recursos de la Propuesta	112
5.8 Cronograma de ejecución de la Propuesta	113
Bibliografía	114
Anexos	115

INTRODUCCIÓN.

Las controversias entre la administración de justicia y la contraloría, cuando hay denuncias de personas del cantón a la primera autoridad del cantón, lo hacen ante la fiscalía y a la contraloría, la controversia nace cuando la fiscalía y la contraloría realizan informes por separado, fiscalía tiene peritos investigadores como ing. civil, cpa, la contraloría hace lo mismo por su cuenta, contraloría audita cada dos años la fiscalía lo hace de manera inmediata, y no tiene el respaldo de la contraloría. la fiscalía resuelve el caso y acusa con su propio informe de su personal, llama a instrucción fiscal sin que la contraloría intervenga.

Cuando la investigación lo hace la contraloría muchas veces tira abajo los informes de la fiscalía porque la constitución los ampara en su artículo 212). Esto lo hago porque hay gente que habla no con propiedad, no dicen bien las explicaciones que dan, y el pueblo se desanima y piensa que ya no hay nada más que se pueda hacer, que esto está perdido, que se acabaron las leyes que le favorezca, y que las acciones legales no pueden ayudar a proclamar la justicia en los casos de los funcionarios públicos corruptos. Que todo quedará en la impunidad.

En el peculado siempre se cumple lo preestablecido en el artículo 212 de la Constitución, artículo 257 CP, para seguir estas acciones y hacerlas cumplir es necesario que el funcionario siempre tenga a su cargo y disposición bienes o dineros públicos.

CAPITULO I.

I. CAMPO CONTEXTUAL PROBLEMÁTICO.

1.1 Contexto Nacional, Regional, Local e Institucional.

Desde que tuvo auge de conocimiento el ser humano se preocupó por captar cada día conocimiento y astucia, tal es el caso que se inventaron sinnúmero de cosas con la finalidad de progresar y hacer las cosas más fáciles, pero como avanzaba el tiempo surgieron cargos de elección popular o por dictaduras que asumieron cargos de representación colectiva, para el que estaba en funciones (no todos) se les hacía fácil conducir dicha función ya que tenían fondos públicos que mediante presupuestos que eran debidamente asignados y aprobados podían hacer y deshacer con ellos, lo malo de distribución de fondos públicos es que algunos casos se desviaban a terceros y la pregunta que se pudieran ser es ¿Dónde están los que tienen que velar que los dineros no se esfumen para otra índole?

Y no solo eso, si vemos que en nuestro país a mas de tener administración de justicia, aparentemente “renovada” viven en total distanciamiento con los organismos de control, como es el caso de las fiscalía, por nombrar una de ellas, lo que pasa que cada uno de los organismos se creen que tienen la razón de acuerdo a su investigación que realiza cuando hayan denuncia de malversación de fondos públicos.

Dentro de las administraciones públicas se ha podido observar por medios de prensa tanto escritos como televisivos que se ha venido registrando el delito de peculado por quienes tienen la oportunidad de

servir a una determinada comunidad. Este delito tipificado en el Código Penal no ha tenido el éxito deseado por los ciudadanos, ya que solo se alarma los hechos sin lograr una pena al culpable o los culpables que cometieron el delito, se habla mucho en la contratación petrolera, en las compras de helicópteros por parte del gobierno actual y de algunos gobiernos autónomos descentralizados del país, pero como siempre en simples investigaciones y llenos de controversias entre la Fiscalía y la Contraloría, que cada uno por su lado crean una investigación sin lograr los objetivos que la ciudadanía espera.

Vemos que en Babahoyo se habla mucho de peculado por parte de quien administró el Municipio, pero como podemos darnos cuenta sin resultado satisfactorio, ya que hasta los actuales momentos solo ha sido especulaciones, o quizás alguna persona con tinte político que también lo hacen para llamar la atención, desde nuestra óptica en esta investigación he profundizado mediante un análisis que sirva como asidero legal para futuras generaciones.

1.2. SITUACIÓN ACTUAL DEL OBJETO DE INVESTIGACIÓN.

Sin lugar a duda que este tema ha traído mucha controversia a lo largo de toda administración pública, unos asegurando que lo hay otros valiéndose del caso para sacar réditos políticos, lo bueno del caso sería que se investigara previa denuncia y se aplicare la justicia, no solo cuando se quiere realizar una paradójica de justicia cuando se acerca una campaña electoral, sino que organizaciones como la “Veeduría Ciudadana” que es la encargada de observar los pormenores de una administración pública, claro está, que no ha funcionado desde su creación, si ha funcionado tal vez para intereses personales o de institución ajenos a la realidad.

Centrándonos un poco más al hecho, esto sucede cuando un funcionario quiere tener más de lo que él podía lograrlo a base de esfuerzo y sacrificio, por ello sabemos que este delito proviene del latín “peculare”, que es tomar algo indebidamente del peculio ajeno.

Significa hurtar bienes del estado, o del tesoro público pero con la específica característica de que el sujeto activo del delito es un funcionario público, o sea una persona que estaba encargada de su administración y custodia, en un ejercicio claramente abusivo de sus funciones, como ha venido sucediendo en administraciones de los hoy denominada Gobierno Autónomo descentralizado del Municipio de Babahoyo.

Se conoce por denuncias presentadas por malversación de fondos públicos que reposan en la fiscalía, Contraloría, como de sobreprecios, desvíos de dineros para otras obras que no han sido aprobadas por el consejo en pleno, esto es una estafa agravada por la calidad de funcionario que reviste el autor del hecho. Si no se apodera del dinero sino que el funcionario lo invierte mal, o sea para otro destino que el originario, pero siempre dentro de la administración pública, es malversación de fondos, según el Art. 257 de nuestro Código Penal es peculado.

Y así un sinnúmeros de irregularidades en las administraciones públicas, con estos antecedentes me es grato realizar un análisis profundizado en lo que respecta en derechos de cómo se origina la corrupción en la entidad pública y los seguimientos que se realizan en los procesos judiciales. Este trabajo tiene el interés de fortalecer los conocimientos de las futuras generaciones que se capacita en derecho y porque no decirlo

la ciudadanía que es quien ve muy de cerca los enriquecimientos que de una u otra manera presentan algunos funcionarios que pasaron por las Instituciones Públicas, además el conocer el cuestionamiento que tiene tanto el fiscal como el contralor que entran en detalles jurisprudencial.

Este trabajo además llamará la atención a quienes tienen el deber de tomar decisiones, en cuanto se refiere a una reforma inmediata para que no queden muchos casos archivados, por no estipular quien tiene la razón en los casos que se investigue, ya que lo hacen por separado la Fiscalía y Contraloría, los cuales sin medir las consecuencia o quizás conociendo el caso lo realizan por cuenta propia, a pesar que la Contraloría es una entidad autónoma y por ello realizan su trabajo separado.

1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.

1.3.1 PROBLEMA GENERAL.

¿De qué manera inciden los factores políticos, jurídicos y sociales sobre la Administración de la justicia que provoca una controversia con la contraloría en los casos de peculados observados en la ciudad de Babahoyo desde el 2008 al año 2010?

1.3.2 PROBLEMAS DERIVADOS.

1.- ¿Cómo influye la falta de legislación sobre la acción del debido proceso, que induce a la contraloría y a los fiscales a trabajar independientemente en forma controvertida en los casos de peculado?

2.- ¿De qué forma influye la celeridad sobre el debido proceso en la indagación previa, que provoca la caducidad del caso en beligerancia y controversia con la contraloría en los peculados?

3.- ¿Cómo inciden las denuncias infundadas contra el administrador público sobre la Administración de la justicia, que provoca la vulneración de los derechos del acusado en los casos de peculados?

1.4. DELIMITACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.

Temporal:

Se realizó en el año 2008 -2010

Demográfico:

Como podemos demostrar que es un tema social y Jurídico estará dirigido a los Fiscales, Abogados de libre ejercicio y Contraloría de Babahoyo.

Especial:

Al ser un tema que se relaciona con el desarrollo social se lo realizó en la ciudad de Babahoyo

De las unidades de observación:

Este tema por ser de gran magnitud social y jurídica, fue direccionado a los archivos de la fiscalía, archivos de Contraloría y medios de

publicaciones impresos de Babahoyo en lo referente al delito de peculado durante los años 2008 al 2010.

1.5. JUSTIFICACIÓN.

Este trabajo investigativo me propuse con la finalidad de auscultar las diversas controversias que se encuentran cuando están procediendo a realizar una investigación, como podemos ver que la función de la Contraloría es velar por los fondos públicos, patrimonios que corresponden al Estado ecuatoriano,

La Constitución de la República del Ecuador prescribe en su artículo 233 que el delito de peculado, conjuntamente con otros tres de los delitos conocidos como de corrupción, como son: el cohecho, la concusión y el enriquecimiento ilícito, son imprescriptibles y los juicios se realizarán incluso en ausencia de los procesados. Este mandato constitucional refleja el interés que la sociedad ecuatoriana le ha dado a este delito, pues es la corrupción un mal endémico que afecta a la sociedad y particularmente a la Administración Pública.

Con la debida investigación que he realizado trato de poner énfasis en las contradicciones que se presentan en la investigación, este trabajo abrirá el análisis para las futuras generaciones donde podrán auscultar la información requerida, además de conocer los pasos fundamentales que debe tener el peculado,, es necesario acotar que con este trabajo la ciudadanía en general tomara fundamento de derechos, para que en casos de conocer este tipo de delito pongan en conocimiento a las autoridades y no se sigan enriqueciendo muchos Servidores Público,

Previo a abordar directamente el delito de peculado, es importante referirse al concepto de corrupción, ya que es en combate de este mal, que el contraste social recogido en nuestra constitución ha determinado un tratamiento especial en estos casos.

1.6. OBJETIVOS.

1.6.1 OBJETIVO GENERAL.

Analizar de qué manera incide los factores políticos, jurídicos y sociales sobre la Administración de la justicia, para eliminar la controversia con la contraloría en los casos de peculados observados en la ciudad de Babahoyo.

1.6.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

1.- Estudiar Cómo influye la falta de legislación sobre la acción del debido proceso, para que no se induzca a la contraloría y a los fiscales a trabajar independientemente en forma controvertida en los casos de peculado

2.- Comprender de qué forma influye la celeridad sobre el debido proceso en la indagación previa, para que no provoque la caducidad del caso en beligerancia y controversia con la contraloría en los peculados observados.

3.- Analizar cómo inciden las denuncias infundadas contra el administrador público sobre la Administración de la justicia, para que no vulnere los derechos del acusado en los casos de peculados.

CAPÍTULO II.

2. MARCO TEÓRICO.

2.1. ALTERNATIVAS TEÓRICAS ASUMIDAS.

La presente investigación, trata de conocer al servidor público, su naturaleza jurídica-administrativa, clases, así como su rol frente a la administración pública; se estudia el servicio público como actividad encaminada a satisfacer una necesidad de carácter general, bien sea que su prestación este a cargo del Estado directamente, de concesionarios o mediante procedimientos peculiares del derecho público.

Trata de las disposiciones constitucionales referente a la función pública, sus organismos y dependencias, las servidoras y servidores públicos que actúan en virtud de una potestad estatal, las competencias y facultades que les atribuye la Constitución y la ley y las controversias que existe entre los organismos de control como son la Contraloría y la fiscalía.

Dentro de las responsabilidades se puntualiza las administrativa, civil y penal y la competencia que ejerce la Contraloría General del Estado en estos casos.

En lo referente al peculado, se realiza una síntesis histórica, citando varios conceptos y los comentarios, su clasificación en peculado propio, impropio, por uso oficial diferente, lo que permite conocer de manera objetiva cada uno de estos delitos. Se presenta el peculado en el Ecuador, su evolución a través de los Códigos Penales y los cambios

que se han venido presentando a través del tiempo, se ha identificado el peculado bancario en nuestra legislación, el que se aparta de la figura de la malversación de fondos.

En esta tesis se ha determinado que el delito de peculado es eminentemente doloso, por cuanto agota toda la fase del iter crimines; mientras que, lo que conocemos como peculado culposo, que está inmerso netamente dentro del campo administrativo.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS “PECULADO”.

Por consideraciones históricas de tipicidad del hecho diremos que etimológicamente Peculado deviene de PECUS que significa ganado o rebaño, y se le dio este nombre porque antes de que se difundiera el dinero, el Pecus constituía el valor económico más importante para el Estado, como un valor de uso y cambio; el mayor signo de acumulación de riqueza, de manera que quien se apropiaba del ganado o rebaño público, incurría en el ilícito penal PECULATUS.

Primogeniamente el tipo legal PECULADO, aparece pues, tipificado como un Hurto Agravado por la cualificación del bien jurídico tutelado y no por la condición del sujeto activo. Es decir, no fue un delito de función pública, sino un hecho ilícito cualificado por la condición esencialísima de la cosa pública. Fue a posteriori y atendiendo a las exigencias legales requeridas de determinada calidad en el sujeto activo (especiales facultades respecto de los bienes en razón de su cargo) en que se consideró que el peculado es un delito de función. [1]

1JORGE B. HUGO ALVAREZ, Gaceta Jurídica, Ed. 2002

En suma, fue una noción estrecha la que prevaleció en aquellos tiempos históricos en que se tutelaba el patrimonio del pueblo romano, considerándose al peculado como un delito contra la propiedad.

Fue en el proceso de su formación posterior que lo puramente objetivo (calidad de la Res Pública) varía en el Derecho Cesáreo, donde otros valores como la “FE TRAICIONADA” o la facilidad para delinquir, aparecen formando parte de las nuevas consideraciones.

En esta evolución aparece ya el peculado como un hecho ilícito en el que el sujeto activo aparte de revestir una cualificación determinada viola la confianza pública en él depositada mediante la entrega de los bienes del Estado, considerándose entre los delitos contra la Fe Pública.

Modernamente y con la evolución legislativa se tipifica el Delito de Peculado entre los delitos contra la Administración Pública. Peculado.- EL problema del delito de Peculado es un problema que nos aqueja desde tiempos de antaño, para la investigación debemos saber primero el concepto de este delito.

Peculado: Es el delito que consiste en el hurto de caudales del erario público, hecho por aquel a quien está confiada su administración [2].

El tratadista Cabanellas dice “Peculado” es la sustracción, apropiación o aplicación indebida de los fondos públicos, por aquel o a quien está confiada su custodia o administración. : [3]“

El problema es que muchos funcionarios públicos en especial funcionarios de las municipalidades de los departamentos del interior del país aprovechan la confianza de la ciudadanía.

2Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española
3Diccionario de Ciencias Jurídicas, políticas y Sociales Cabanellas

Nuestro Ordenamiento Jurídico contempla en nuestro Código Penal en su Artículos: 387^o (Peculado doloso y culposo), 388^o (Peculado por uso), sólo 2 tipos de peculado los antes mencionados, pero en la doctrina internacional se habla de muchos tipos más, especificándose cada tipo penal.

Para CREUS, por ejemplo, predomina “la preservación de la seguridad administrativa de los bienes públicos como garantía del normal cumplimiento de la función patrimonial del Estado”, pues el peculado en el C.P. argentino está ubicado dentro de las “malversaciones” y no requiere “apropiación”, sino “sustracción” y por eso según la doctrina argentina tampoco un ataque efectivo al patrimonio.[4]

No se podría decir lo mismo del C.P. peruano, pues el tipo penal exige alternativamente “apropiación” o “uso indebido” y distingue claramente al “peculado” de la malversación, aunque los trate bajo la misma sección. Luego, aquí parece predominar la protección patrimonial, lo cual se expresa en el daño patrimonial causado por el sujeto activo, y también la “infracción del deber”, que algunos entienden como “deber de lealtad”, es decir , de la “probidad, honradez y fidelidad” del funcionario público.

Ambos aspectos (“patrimonio” y “deber de fidelidad e integridad del funcionario”)son destacados también por la mayoritaria doctrina española anterior y actual, prevaleciendo uno u otro según la postura que cada autor adopte. Pero, últimamente, hay una fuerte crítica a la idea del “deber del cargo” por considerarla propia de una visión autoritaria incompatible con un Estado social y democrático de Derecho: si hay una “infracción del deber”, ésta no constituye un bien jurídico, sino sólo un elemento del tipo penal. Luego, el interés inmediatamente protegido(para algunos el bien jurídico) será solamente el patrimonio de

4Manuel A. Abanto Vázquez. Delitos contra la Administración Pública en el Cód. Penal Peruano

la Administración Pública, pero un patrimonio con características especiales que lo hacen diferente de aquél del particular, un patrimonio público entendido de manera funcional. Por eso, ahora en España se habla de “la correcta gestión y utilización del patrimonio público por parte de la administración pública de cara a servir los intereses generales de la sociedad”. Y ya anteriormente en Argentina, Fernando Molinas se refería, en similar sentido, a un bien jurídico tutelado de “legalidad de los servicios vinculados con la administración patrimonial del Estado”.

En el Peculado por USO, “Utilizar” implica “destinar” temporalmente los bienes que tienen como destino el cumplimiento de alguna función pública, a determinados trabajos de carácter privado.

En cuanto al “uso de determinados bienes”(vehículos, máquinas o instrumentos de trabajo de la administración), el Código Penal peruano prevé- como ya se dijo- un tipo penal específico: el del artículo 388. Esto dificulta mucho la interpretación, pues ambos tipos penales parecen superponerse. Para entender la diferencia entre ambas figuras, debe entenderse que los bienes del artículo 387, a diferencia de los del 388, no son aquellos que usualmente constituyen instrumentos de trabajo del funcionario público.

En la jurisprudencia nacional se ha admitido que hay “utilización” cuando el Alcalde “presta” bienes (además de vender otros) que, a través de un convenio público, se les habían confiado para la construcción de una carretera y módulos educativos. Además, se ha precisado que hay “utilización” incluso si los bienes son devueltos, después de haberlos usado para fines ajenos al servicio.

Peculado Doloso y Culposo, se tiene entendido por delitos dolosos y culposos. Aquellos en los cuales se tienen conocimiento de causa, por ejemplo en los delitos dolosos el sujeto activo, comete el delito de manera consciente, sabiendo lo que hace en cambio en el delito culposo

el sujeto activo lo hace por descuido u omitiendo de alguna manera las normas.

En este aspecto entra en un debate sobre Peculado Doloso, culposo y Peculado por Uso, puesto el peculado culposo llegaría a ser lo mismo que el Peculado por uso, puesto que la culpa es la inobservancia de una norma u hacer algo por omisión lo cual lo tipifica el artículo 388 del Código Penal.

¿Qué es corrupción?

Corrupción es una violación de un deber posicional por parte de un decisor, con el fin de obtener un beneficio extra posicional, que puede darse a favor de sí mismo y/o de un tercero. Deben existir todos estos elementos para hablar de corrupción, de lo contrario, por más reprochable o inmoral que sea un acto, si no cumple con dichos elementos, no estamos ante un acto de corrupción. Para ejemplificar este concepto nos referiremos a los tres elementos: I Violación de un deber posicional: El funcionario público que entre sus funciones están las de suscribir contratos pero lo hace con sobreprecio; II Por parte de un decisor: El funcionario público tiene la facultad de suscribir el contrato. III Con el fin de obtener un beneficio extra posicional: El funcionario público tiene un beneficio por su trabajo que es su sueldo, pero producto del contrato con sobreprecio obtiene un beneficio no previsto en la ley; II. A favor de sí mismo o de un tercero: El sobreprecio se da en favor del contratista y del funcionario público recibe una cantidad de dinero.

La Constitución de la República del Ecuador prescribe en su artículo 233 que el delito de peculado, conjuntamente con otros tres de los delitos conocidos como de corrupción, como son: el cohecho, la concusión y el

enriquecimiento ilícito, son imprescriptibles y los juicios se realizarán incluso en ausencia de los procesados.

La estructura del tipo penal Objetivo vendría a ser: el Sujeto Activo y sujeto Pasivo, tenemos que entender que por sujeto pasivo la definición es simple, puesto al ser delitos contra la administración pública, el sujeto pasivo es el Estado.

SUJETO ACTIVO.- El tipo penal exige un “funcionario público” con competencia funcional específica. [5]

La administración, percepción o custodia de los bienes públicos deben haber sido confiadas al funcionario en razón de su cargo (relación funcional específica). No se trata de una simple entrega de bienes como una cuestión de confianza en el funcionario (entrega facultativa), o derivada de la costumbre o del consenso o de cualquier otra circunstancia (p. Ejm.,. Que se haya llegado a la tenencia por engaño, abuso, etc.); el funcionario debe tener los bienes en función de los dispuesto por la ley, no debe bastar con que el funcionario disponga de los bienes “con ocasión” de sus funciones. El funcionario incompetente sólo podría cometer delitos contra la propiedad, P.ejm., cuando por error del administrado sobre la competencia del funcionario éste recibe los bienes quedándose con ellos.

Apropiarse o Utilizar indebidamente. Para interpretar el concepto de APROPIACIÓN, en la doctrina argentina se emplea la argumentación referida a los delitos contra la propiedad y se distinguen varios términos: “apoderamiento” sería sustraer la cosa de la esfera de custodia del legítimo tenedor para ingresarla en la propia esfera; por ejemplo, en el hurto del artículo 185 código Penal peruano; “apropiación” sería algo

[5] Luis Cueva Carrión, Peculado, Tomos I, Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2007.

más, implica disponer de la cosa como si fuera el dueño. La “sustracción”, en cambio, solamente implicaría “apartar, separar, extraer” la cosa de la esfera de custodia en que el bien se encontraba legalmente. Ejemplos: sacar un bien del local de la administración ya es sustracción, pero todavía no apoderamiento. Metérselo en el bolsillo y llevárselo a casa es apoderamiento, pero todavía no apropiación. Si a ese bien se le da un uso de dueño (se le consume, usa, vende, presta, etc.), entonces hay apropiación. La doctrina colombiana, en cambio, parece equiparar el “apoderamiento” a la “sustracción”, y, en el caso de la “apropiación” no requiere la disposición del bien como propio. Igualmente, la doctrina española identifica el “sustraer” del art. 432 de su Código Penal con un apoderarse, siendo la apropiación sinónimo de este último.

Una interpretación distinta de la “apropiación” es la sostenida por la tradicional doctrina italiana: apropiación sería no cumplir con devolver o entregar a tercero una cosa recibida con esa finalidad, lo cual incluso podría incluir la simple “sustracción”. En realidad, esta interpretación no es tan exacta, pues no se trata de “no entregar”, lo cual llevaría al malentendido de que debería mediar un pedido previo de entrega de los bienes, sino al empleo privado que se da a los bienes.

Además, en el caso de “percibir”, los bienes ni siquiera son entregados por la administración al funcionario, sino directamente por el particular con destino a la administración. La conducta del funcionario peculador no puede entenderse sino como la de una apropiación sui generis, puesto que él no sustraer los bienes, ellos ya estaban en su poder de disposición en función de su cargo: el sujeto simplemente no administra los bienes destinándolos a la función pública para la que estaban destinados, sino dispone de ellos como si formaran parte de su propio patrimonio.

Dentro de los postulados en el código Penal, se habla de caudales y efectos, dentro del concepto "caudales" debe incluirse a los inmuebles, la mano de obra y otros, Los CAUDALES son toda clase de bienes en general(especialmente el dinero)dotados de valor económico. Incluso los bienes artísticos, recreativos e históricos son valubles económicamente y Los EFECTOS son documentos de crédito negociables emanados de la Administración Pública: valores en papel, títulos, sellos, estampillas, bonos, etc.

ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN MATERIA DE PECULADO. ANÁLISIS CUANTITATIVO.

Para abordar las interrogantes expuestas de un modo pragmático, más allá de las respuestas que podamos encontrar en lo que dicen los autores o la lógica penal, hemos realizado una investigación cuantitativa de las sentencias dictadas por delitos de peculado por el Tribunal de Justicia de máxima instancia como es la Corte Nacional de Justicia y antes Corte Suprema de Justicia, de las que concluimos que en el 100 % de los casos en donde el Tribunal de máxima instancia analiza el bien jurídico lesionado en el caso de peculado, este se refiere a los fondos públicos, al abuso de fondos públicos.

En tanto que solamente en el 20 % se refiere a la fidelidad del funcionario público al cargo que ostenta. De lo que se desprende que el juzgador considera en todos los casos el hecho de haber lesionado los "fondos públicos" o haber abusado o no de recursos del Estado para condenar o absolver, y de manera complementaria solo en el 20 % se refiere también a la fidelidad que el funcionario público debe al cargo que ostenta.

En ese 20% en que el juzgador valora el bien jurídico “fidelidad del funcionario público al cargo”, lo hace después de que ha verificado la lesión al bien jurídico “fondos públicos”, evidenciándose de esta forma el razonamiento del juzgador de máxima instancia; en ningún caso sentencia valorando únicamente la falta del funcionario público a la función que desempeña, esta es una consecuencia del abuso de fondos públicos.

Con esto podemos concluir que la práctica no se subsume en la teoría, así pues, si por un lado los autores dicen que “lo esencial del delito de peculado no radica en la sustracción, distracción, malversación o cambio de vínculo de los bienes públicos, sino, ante todo y sobre todo, en faltar a la fidelidad que todo servidor público tiene para con los bienes que están a su cargo y responsabilidad.”

Por otro lado del análisis de las sentencias nos encontramos con que para el Tribunal de Justicia Penal de máxima instancia, lo más importante, o lo esencial, en palabras de Cueva Carrión, es el abuso de fondos públicos; así en el universo de las sentencias estudiadas en las cuales se incluye un análisis del bien jurídico protegido y de la consumación del delito, se desprende un requisito sine qua non que es el abuso efectivo de fondos públicos. Así lo ha interpretado la justicia ecuatoriana.

ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO DE PECULADO.

A continuación y para un mayor entender del delito, encontrarán un sucinto análisis dogmático normativo del delito de peculado, a partir de los elementos objetivos del tipo.

1. Sujeto Activo del Delito.

Como sabemos el Sujeto Activo del delito se refiere a la persona natural que ha cometido el delito, así en la dogmática penal encontramos que existen sujetos activos calificados y no calificados. Los sujetos activos calificados son aquellos que requieren de cierta calidad para ser partícipes de un delito, así sólo puede ser autor de prevaricato el juez y no otra persona; en tanto que el sujeto activo no es calificado cuando no se exige ninguna calidad particular, por ejemplo cualquier persona puede ser responsable por un delito de robo.

El Art. 257 del Código Penal dice: "...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..."; es decir que para ser sujeto activo del delito de peculado se requiere tener la calidad de servidor público entendido en su más extenso significado, es decir todas las personas que trabajan para el Estado, o que administran fondos públicos.

En principio sólo los funcionarios públicos pueden tener participación en un delito de peculado, sin embargo por mandato constitucional, también serán responsables por este delito las demás personas que participaren en el cometimiento del delito, aún cuando no tengan las calidades antes señaladas, pero cuidado con confundirse, los particulares podrán ser responsables por estos delitos únicamente en coparticipación con un funcionario público, es decir como coautores, cómplices o encubridores; nunca podrá ser sancionado un particular por peculado sin la participación de un funcionario público.

Del artículo 257 y siguientes del Código Penal, nos encontramos con que existen otros sujetos que pueden ser autores, así tenemos los

servidores que manejen fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los bancos estatales y privados. Así como los auditores de la Contraloría General del Estado y la Superintendencia de Bancos y Seguros que han intervenido en fiscalizaciones, auditorías o exámenes especiales anteriores, siempre que esos informes impliquen complicidad o encubrimiento.

Merece un especial análisis este último caso, pues ante el encubrimiento o complicidad por parte de los funcionarios encargados de realizar auditorías de control como son Contraloría y Superintendencia de Bancos, se prevé una extensión de la punibilidad, pues aunque participaren secundariamente en la ejecución del delito, ya sea como cómplices o encubridores, la legislación penal ha previsto que serán sancionados como autores del delito.

Otros sujetos activos de Peculado, refiriéndose expresamente al peculado bancario, son los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del sistema financiero, y los vocales de los directorios y de los consejos de administración de las entidades del sistema financiero, que contribuyeron al cometimiento del delito.

2. Sujeto Pasivo del Delito.

El sujeto pasivo del delito es la persona sobre la cual recae la ejecución del delito. En el caso del peculado la víctima del delito somos todos los ecuatorianos representados por el Estado, pues producto 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.

.3. Conducta o verbo rector.

El verbo rector o conducta del tipo penal es el núcleo del delito; es la acción humana con la cual se lesiona el derecho de otra persona; es la acción ejecutiva de cometimiento del delito.

El Art. 257 del Código Penal en su parte pertinente dice que serán responsables de peculado el funcionario público que "...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".

El verbo rector es entonces el "Abusar". Según el diccionario de la Real Academia de la lengua española, abusar significa usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de algo o de alguien. Es decir el mal uso de los recursos del Estado.

Pero según el propio artículo 257 del Código Penal, este abuso se puede dar por: desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante.

4. Objeto o bien jurídico protegido.

En el catálogo de delitos tipificados en el Código Sustantivo Penal, encontramos una codificación en función del bien jurídico protegido, así tenemos los capítulos correspondientes a los delitos contra la seguridad del Estado, las personas, la propiedad, fe pública, etc.

De ahí que el delito de peculado, según esta codificación, protege el bien jurídico “Administración Pública”, que como ya lo dijimos implica un concepto abstracto, pero que de conformidad con la interpretación dada por la Corte Nacional de Justicia al resolver delitos de peculado, estaríamos ante el bien jurídico protegido “recursos públicos o bienes del Estado”, interpretación que se acopla mas a la doctrina del Garantismo, a la cual por mandato constitucional debe adaptarse nuestro sistema penal.¹

5. Elementos Normativos, Valorativos y otras circunstancias que complementan el tipo.

La tipicidad objetiva se integra también por elementos normativos, elementos valorativos y otras circunstancias que complementan el tipo penal. Los elementos normativos son aquellos que nos remiten a otras normas legales para entender el contenido del delito. Así en el delito de peculado tipificado en el Art. 257 y siguientes del Código Penal, encontramos elementos normativos, como son los conceptos de: “los servidores de los organismos del Estado”, “entidades del sector público”, “bienes muebles o inmuebles”, y otros. Para entender estos conceptos debemos remitirnos por ejemplo a la Ley de Servicio Público, al Código Civil, etc.

En cuanto a los elementos valorativos o descriptivos, estos son elementos que describen la conducta, como por ejemplo en el hurto “el ánimo de apropiarse de un bien ajeno”; en el peculado no encontramos elementos valorativos.

¹ Art. 195 de la Constitución de la República del Ecuador

Y las circunstancias que complementan el tipo se refiere a las circunstancias en las cuales se puede cometer el delito. Así el peculado puede ser cometido por un funcionario público, cuando haya abusado de fondos públicos, pero que este abuso se haya realizado en beneficio propio o de terceros.

6. Tipicidad Subjetiva.

La Tipicidad se compone de elementos objetivos y subjetivos. Así en la tipicidad objetiva encontramos los elementos analizados en el numeral anterior, pero para que la conducta sea típica, es decir para que se subsuma en el tipo penal descrito en el Art. 257 del Código Penal, debe cumplirse con la tipicidad subjetiva. Este elemento se refiere a la finalidad con la que se realizó la acción, y para que ésta sea punible, solo puede realizarse con dolo o culpa. El dolo entendido como el conocimiento de los elementos objetivos del tipo y el querer realizar la conducta; o la culpa, al violar el deber objetivo de cuidado.

Es de advertir que no todos los delitos se pueden cometer de forma dolosa o culposa; en algunos delitos no es punible la culpa, así por ejemplo no se puede falsificar culposamente, este delito se puede cometer únicamente con dolo. Por otro lado existen delitos como el homicidio en los cuales son sancionados cuando su ejecución se ha realizado con dolo o culpa, en este último caso, la pena es atenuada.

Concretamente refiriéndonos al peculado, siendo que el verbo rector es 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, por ello el funcionario público que actuando negligentemente en la administración

de los recursos públicos, afecta los mismos, éste sólo podrá estar sujeto a sanciones de índole civil, administrativa, o incluso política, pero no penal.

El peculado se comete únicamente de forma DOLOSA, al menos así lo ha establecido la legislación ecuatoriana. Existen otras legislaciones en donde sí se establece el peculado culposo, como en la legislación colombiana, que bien es cierto que tiene algo parecido que son culposo cuando ha producido el hecho.

Cargo y posesión.

Para terminar este artículo, no todo hecho de apropiación indebida cometida por un empleado o funcionario público constituye Peculado, sino solo el que realiza en relación con una tenencia o posesión calificada por razón de la función o del servicio, así debe haber íntima relación de causa a efecto entre el cargo y la posesión, pues el Art. 257 del Código Penal en el cual se tipifica y sanciona el peculado es claro en señalar: "... que estuviere en su poder en virtud o razón de su cargo..." y en razón del ejercicio de la función pública, ya que lo que interesa es que el servidor público o funcionario tenga la disponibilidad material o jurídica o la posesión de la misma en sentido jurídico-penal.

No olvidemos por otra parte que se encuentra prohibido expresamente por el Art. 4 del Código Penal dar interpretación extensiva a las disposiciones del Código Penal.

Gerentes, directivos o empleados de Bancos.

También pueden ser sujetos activos del delito de peculado, de conformidad con lo que dispone la Ley de Cooperativas, el Gerente y el Consejo Directivo o también los empleados de los bancos privados. Amable lector, en un seminario organizado por el Colegio de Abogados de Quito, en la presidencia del señor doctor Raúl Izurieta Mora Bowen al tratar sobre este tema, señalaba que en el parricidio lo comete aquel que mata a su padre con el conocimiento de la calidad que lo une con la víctima, aquí por ejemplo el particular no puede responder por parricidio, porque el particular no tiene la calidad requerida en el tipo penal y así si un particular ayuda al hijo a matar al padre de aquel, puede responder por asesinato, por homicidio, pero jamás por parricidio.²

2.2. CATEGORÍAS DE ANÁLISIS TEÓRICO CONCEPTUAL.

Me es necesario poner en consideración por lo menos dos descripciones del delito de peculado que se tramitan tanto en Argentina como en México.

El Código Penal argentino contempla esta figura delictiva en su artículo 261, condenándose al funcionario del estado, autor de la sustracción de caudales o efectos, que tenía bajo su administración, percepción o custodia, a la pena de reclusión o prisión de dos a diez años, más inhabilitación perpetua y absoluta.

² Abg. Pablo Encalada Hidalgo
Profesor de Derecho Penal y Procesal Penal Universidad Internacional

El Código penal Federal de México en su artículo 223, establece un alcance más amplio a este delito, comprendiendo a los servidores públicos que se apropien de propiedades del estado que estaban bajo su administración, agregando el caso, implícito en la normativa argentina, del servidor público que utilice los fondos públicos de manera indebida, para promover su propia imagen política o social, la de un superior o la de un tercero o para denigrar a alguien, pero también agrega como autores de peculado a quienes sin ser funcionarios públicos acepten fondos estatales, para realizar las promociones o denigraciones antes referidas, y también a quienes sin ser funcionarios estatales estuvieran a cargo de la custodia del erario público, los hurte o los aplique

Como vemos que la diferencia es amplia con la de nuestro país ya que el Art. 257 del Código Penal dice: "...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..."; podemos descifrar claramente esta directamente dirigida al servidor público que trabaja para el estado y administra fondos públicos.

COAUTORIA, COMPLICIDAD Y COMUNICABILIDAD.

Los artículos 42 y 43 del código penal definen, respectivamente, la autoría y la complicidad como formas de responsabilidad penal. No hay dificultad para entenderlos y aplicarlos cuando hay un solo autor, pero, cuando hay varios, pueden surgir problemas de no fácil solución, especialmente, cuando se trata de delitos de sujeto calificado como es, precisamente, el peculado, que exige la condición de que el autor sea un servidor público.

El problema aparece cuando en la comisión de un delito de peculado participan un servidor público y otra persona extraña a la función pública, porque surge de inmediato la pregunta de si al extraño se le puede aplicar la misma pena que al servidor público. Dicho de otra manera, si la calidad especial del autor se comunica al extraño.

La doctrina, en general, se pronuncia por la no comunicabilidad; es decir que el servidor público debe ser castigado como autor de peculado, y la persona particular solo en atención a la conducta específica que haya realizado para cooperar en la producción del resultado. (aquí nuestro expositor menciona a un jurista como EUGENIO CUELLO CALÓN) que dice:

“El particular que participa en la acción realizada por un funcionario no es culpable de ese delito, sino de un delito común contra la propiedad porque el motivo del castigo específico de la malversación es el quebrantamiento por el funcionario del deber de fidelidad en el manejo de los caudales a su cargo y el particular no violar semejante deber”.

Después cita a otros tratadistas como; CARRARA, ANTOLISEI, BETTIOL Y LUIS CARLOS PEREZ, entre otros, que opinan de la misma manera que CUELLO CALÓN.

En cuanto a la comunicabilidad, cita a SERGIO GAETE ROJAS, Jurista Chileno que dice;

“Aplicando el sistema de la tipicidad se impone la incomunicabilidad a coautor extraño de las circunstancias que integran una figura calificada o privilegiada, sin que ello importe la violación del principio de la unidad objetiva del delito”.

Pero como hemos visto que este tipo de delito existe la controversia para quienes ejercen el derecho en funciones tanto de fiscalía y Contraloría, para ello considero realizar de acuerdo a la ley el siguiente análisis.

DIFICULTADES Y ERRORES DE INTERPRETACIÓN Y DE APLICACIÓN.

Con respecto a estos delitos, la doctrina y la jurisprudencia ecuatoriana no mantienen criterios uniformes en relación con tres temas muy importantes:

1. La fuerza vinculante entre los informes derivados de las auditorías y de los exámenes especiales de la Contraloría y las decisiones judiciales.
2. El concurso de leyes penales.
3. La coautoría, la complicidad y la comunicabilidad.

LOS INFORMES DE LA CONTRALORÍA Y LAS DECISIONES JUDICIALES.

Con alguna frecuencia, en los procesos por peculado vemos que algunos abogados sostienen que el informe de contraloría, con la declaración de presunción de responsabilidad penal es presupuesto

indispensable para el ejercicio de la acción penal, opinión que sustentan en los artículos 278 y 342 de la ley orgánica de administración financiera y control (LOAFYC).

Este criterio contraviene los principios de obligatoriedad y autonomía de la acción penal, que no admite vallas ni impedimentos para su libre ejercicio, porque tan pronto como llega a conocimiento de un juez la noticia de la perpetración de un delito, deberá iniciar el sumario mediante la expedición del auto cabeza de proceso. La única excepción al principio de autonomía de la acción penal es la prejudicialidad, mencionada en el artículo 16 del código de procedimiento penal.

Dicho artículo 16 del Código de Procedimiento Penal prevé la prejudicialidad solamente en los casos expresamente previstos en la ley, pero como ni en el código penal, ni en el CPP, ni en la LOAFYC, ni en ninguna otra ley, se ha previsto la necesidad de la precedencia del informe de la contraloría, no puede concluirse entonces, que su falta sea un obstáculo para la iniciación del juicio penal. Por consiguiente, de acuerdo, con el sistema procesal penal ecuatoriano, un juicio por peculado puede iniciarse con el informe o sin el informe previo de la Contraloría.

Peculado se juzga con informe de Contraloría

El contralor general del Estado, Carlos Pólit, aseguró que los indicios de responsabilidad penal son enviados a la Fiscalía.

La Corte Nacional de Justicia (CNJ) resolvió que para el inicio de la instrucción fiscal en casos de enriquecimiento ilícito, se requiera el informe previo de la Contraloría del Estado, en el que se determinen los indicios de responsabilidad penal.

La resolución, publicada en el Registro Oficial N° 154 del 19 de marzo del 2010, surge tras la consulta formulada a la CNJ por la Contraloría General del Estado.

La disposición también aclara que para el inicio de la indagación previa no se requiere el referido informe, pero añade que tan pronto el Fiscal conozca de hechos presumiblemente constitutivos de peculado y enriquecimiento ilícito, este debe pedir a la Contraloría la práctica de una auditoría. Señala que en caso de que el informe establezca indicios de responsabilidad penal hay lugar para el inicio de la instrucción fiscal.

Las normas previstas en la resolución regirán para lo futuro y se aplicarán únicamente para las causas que se iniciaren a partir de su promulgación. El contralor general del Estado, Carlos Pólit, aseguró que cerca de 600 informes con indicios penales de peculado han sido remitidos a la Fiscalía.

“El seguimiento de los informes de Contraloría tienen que ser efectivos. No es justo que se siga terminando con las acciones de control, falleciendo en las cortes. Y eso le he pedido al Fiscal General, en una reunión que tuvimos el día siguiente, me manifestaba que él solicitaba las órdenes de prisión en muchos casos, las medidas cautelares, pero los jueces no favorecían el pedido del fiscal”,

Señaló que los indicios siempre van a manos del Fiscal para que determine si acusa o no. “Lo que pasa con esta resolución de la Corte es que ya no se iniciarán las indagaciones que duran dos años -y la instrucción fiscal 90 días-. Hay una diferencia de tiempo y no sé si es por eso que la Corte determinó de esta manera o que efectivamente la ley se ajusta así. Pero el juez de cuentas del Estado ecuatoriano es el Contralor General del Estado”, explicó.

De su parte, el ex magistrado de la desaparecida Corte Suprema de Justicia, Mauro Terán, sostuvo que la resolución que dictó la CNJ no puede tener un efecto de reforma legal porque estaría legislando.

Calificó de absurda la disposición de la CNJ porque convierte al Contralor en una especie de fiscal, pues su informe equivaldría a un dictamen acusatorio o absolutorio antes de que se inicie alguna acción, lo que en su opinión es grave porque la Contraloría solo tiene óptica contable, no analiza pruebas ni actitudes.

Por ejemplo, advirtió, “un caso de peculado puede estar proyectado en función de cohecho o de concusión y eso ya no tiene que ver la Contraloría que lo único que admite son aspectos contables para determinar si existen faltantes o mal uso de recursos”.

Dijo que la disposición favorece a los funcionarios públicos, porque en el momento que haya un Contralor de vista y paciencia del Ejecutivo nunca encontrará delito de peculado.

LAS CRÍTICAS ENTRE LAS DOS ENTIDADES AUMENTAN FISCALÍA Y CORTE, OTRA VEZ EN CONTROVERSIA.

Demandan inconstitucionalidad de resolución que exige informe de Contraloría.

Anuncio. El titular (e) de la Corte, Rubén Bravo, cuestionó las críticas del fiscal Washington Pesantez a una resolución del organismo.

La protesta del fiscal Washington Pesantez por la resolución de la Corte Nacional de Justicia (CNJ), que obliga a la Fiscalía a contar con un informe de Contraloría con indicios de responsabilidad penal para abrir instrucciones por peculado, motivó la reacción de los jueces nacionales.

Mediante un manifiesto, el pleno del organismo señaló que “nadie ni legal ni jerárquicamente puede interferir en el ámbito de nuestras facultades”.

El presidente subrogante de la CNJ, Rubén Bravo, acompañado de sus colegas jueces, criticó al fiscal Pesantez por sus cuestionamientos.

Dijo que existen funcionarios que con el único afán de popularidad y sensacionalismo malintencionado, “quieren hacer de la justicia un programa de farándula, sin prever el grave daño que causan a la institucionalidad del Estado”.³

Por eso, añadió Bravo, el pleno conmina al fiscal “a que se dedique al cumplimiento estricto de sus funciones, de las que debe dar muchas explicaciones al país”.

³ Tomado en Teleamazonas entrevista vía internet. Martes 04 de mayo del 2010 **Política**

Además de decir basta a lo que considera agresiones infundadas y ofensivas en contra de la administración de justicia, la Corte anunció que posteriormente utilizará los medios legales para defender su dignidad y respeto.

Fiscalía insiste en críticas.

Pero Pesantez no guardó silencio ante las expresiones de la Corte. En un comunicado público, alertó a la Asamblea Nacional, a los organismos de control, al foro de abogados y a la ciudadanía en general de “las graves repercusiones y nefastos precedentes que significan para una correcta aplicación de la justicia”, establecer como requisito el informe de la Contraloría para la instrucción fiscal en delitos de peculado o enriquecimiento ilícito.

Citó el caso del ex ministro de Agricultura, Walter Pobeda, en el que el titular de la segunda sala de lo Penal, Luis Quiroz, no dio paso a la formulación de cargos amparado en la mencionada disposición.

Aseguró, además, que la resolución “promueve y garantiza la impunidad en delitos que afectan al interés público, incentiva la corrupción e interfiere las acciones” de los entes de control, que buscan castigar el enriquecimiento ilícito a costa de los recursos públicos.

La Fiscalía buscará que la resolución del organismo de justicia quede sin efecto y por eso presentó ayer en la Corte Constitucional una demanda de inconstitucionalidad.

La Fiscalía solo responde ante la Asamblea y el pueblo en el marco del ordenamiento jurídico vigente y está segura que la corte constitucional por las graves connotaciones legales que está ilegítima resolución está

procediendo, la dejará sin efecto Washington Pesantez ex Fiscal General del Estado.

De igual manera podemos ver otro caso de controversia donde un informe de la Contraloría no es considerado dentro del proceso investigativo.

Informe de Contraloría no se tomó en cuenta.

En julio de 2010, se realizó la audiencia preparatoria en el caso que investigaba la compra de 115 ambulancias por el Ministerio de Salud. En la diligencia, el fiscal subrogante, Alfredo Alvear, se abstuvo de acusar a Caroline Chang, pese a que hubo un informe de Contraloría en contra de la ex ministra y de nueve personas más por un supuesto peculado.

El argumento presentado por Alvear es que existían impedimentos legales y constitucionales que no permitían dar paso a este enjuiciamiento.

El proceso inició con la denuncia del asambleísta Leonardo Viteri (PSC), de diciembre de 2008, por un presunto sobreprecio en la compra de 115 ambulancias cuando en el país regía la emergencia sanitaria (2007).

La Procuraduría concluyó que los integrantes del Comité de Emergencia del Ministerio de Salud, a cuyo cargo estuvo el proceso de contratación de esas ambulancias, no verificaron la solvencia legal, técnica y económica del oferente y emitieron el informe favorable para la adjudicación.

La ministra dijo antes de dejar su cargo que, luego de dos licitaciones declaradas desiertas, porque los concursantes presentaban precios superiores a los rangos referenciales, compraron finalmente las ambulancias a la empresa Euromédical, a \$34 mil cada una, con un costo total de \$3,91 millones.

Según la denuncia, las ambulancias no tenían las especificaciones técnicas: no contaban con resucitador, doble camilla, aire acondicionado, luces especiales para el tratamiento de emergencias, doble batería ni cinturones de seguridad.

BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS.

1. La integridad del patrimonio público y su correcta administración
2. El deber de fidelidad y lealtad del servidor público.

MODALIDADES DEL PECULADO.

1. Peculado propio.- Art. 257 CP.
2. Beneficios ilícitos en la compra de artículos o enseres.- Art 260 CP.
3. Disposición arbitraria de las multas.- Art 261 CP.
4. Beneficio personal del trabajo de personas remuneradas por el Estado.- Primer artículo agregado al 257 CP.
5. Provecho económico de estudios y documentos reservados. Segundo artículo agregado al 257 CP.

6. Adjudicación de contratos con violación de las leyes y los reglamentos.- Tercer artículo agregado al 257 CP.

FISCALÍA CON LÍMITES PARA ACTUAR EN PECULADO.

La resolución del Pleno de la Corte Nacional de Justicia por el cual se exige, como requisito previo para iniciar una instrucción fiscal en los delitos de acción pública, peculado y enriquecimiento ilícito, un informe de Contraloría con indicios de responsabilidad penal, sigue vigente y este desacuerdo con la Fiscalía deberá ser dirimido por la Corte Constitucional.

Ayer, el pleno de la Corte Nacional se ratificó en su resolución de 24 de febrero de 2010, pero dejó abierta la posibilidad para que la Fiscalía inicie las investigaciones procesales en los casos de peculado bancario, en los que la Contraloría no interviene, por estar en el ámbito de la Superintendencia de Bancos.

La Corte Nacional de Justicia estableció que solo cuando exista un informe de Contraloría, con indicios de responsabilidad penal, podrá iniciarse una instrucción fiscal por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito.

Como consecuencia de esta resolución, algunos pedidos de la Fiscalía para la audiencia de formulación de cargos, se quedaron en el limbo, como es el caso del OCP, en el que está señalado como sospechoso de un supuesto peculado, el ex ministro de Energía, Pablo Terán en el gobierno de Gustavo Noboa; o, el del ex ministro de Agricultura, Walter

Poveda, del actual Gobierno, también señalado como presunto sospechoso de un aparente peculado.

Sin los informes de la Contraloría General del Estado, la Fiscalía solo podrá adelantar las indagaciones previas. Un pedido de la Fiscalía para que se declare inconstitucional esta resolución está en manos de la Corte Constitucional desde mayo pasado, pero no hay pronunciamiento.⁴

¿ES PRESCRIPTIBLE EL DELITO PECULADO?

Cuando el Art. 233 de la Constitución de la República del Ecuador nos dice que la acción para perseguirlo y la pena es imprescriptible; y, el Art. 233 inciso primero del Código de Procedimiento Penal nos dice que los juicios por este tipo de delitos se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de la persona acusada, la respuesta al parecer es de que el delito de peculado no prescribe la acción ni la pena, pero no es así, este delito hoy en día si llega a ser prescriptible la acción.

El Pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador emitió una Resolución en fecha 19 de marzo del 2010, publicada en el Registro Oficial Nro. 154 mediante la cual impone como requisito para iniciar la etapa procesal de Instrucción Fiscal como requisito “QUE EXISTA UN INFORME PREVIO DE LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO, CON INDICIOS DE RESPONSABILIDAD”. Ahora bien, este requisito no está en la ley, peor aún en la Constitución, requerir la presencia de este

⁴Publicado en Diario Hoy el Jueves, 11 de Noviembre de 2010 Pág. 3

documento para el ejercicio de la acción penal es atender a los principios del sistema oral acusatorio-adversarial en el cual por mandato expreso del Art. 195 de la CRE. Art. 282 Nro. 1 de la Ley Orgánica de la Función Judicial. Art. 33 del CPP, la Fiscalía es el órgano autónomo de la Función Judicial quien dirige de oficio o a petición de parte la investigación pre procesal y procesal penal. No puede entonces el dueño del ejercicio de la acción penal (fiscalía) depender de ningún informe de otro organismo, debemos ser claros, una resolución no tiene categoría de ley. Como están las cosas nos permite entonces justificar nuestra interrogante ¿prescribe la acción del delito de peculado?.

Decimos que si, la respuesta está en que el Art. 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado para pronunciarse sobre las actividades o para la elaboración de un informe sobre las actividades de las Instituciones del Estado, y los actos de las personas sujetas a esta Ley, así como determinar responsabilidades, en caso de haberlas, caduca en siete (07) años contados desde la fecha en que se han realizado dichas actividades o actos.

De ello se infiere que cometido un delito de peculado si en siete años la Contraloría no emite un informe en el que se establezcan indicios de responsabilidad penal, sencillamente la acción para perseguir el delito de peculado prescribe.

Nosotros modestamente creemos que de conformidad con el sistema oral acusatorio, no puede ser necesario la espera o presencia de un informe de Contraloría en que establezca previamente indicios de responsabilidad penal para recién iniciar una investigación o la apertura de un proceso penal por medio de la resolución de instrucción fiscal. La

investigación o el proceso penal se inician por denuncia o por cualquier otro medio que le permita al Fiscal llegar a tener noticia, y uno de los que bien podría hacerle saber al Fiscal de la presencia de un presunto delito de peculado es la Contraloría General del Estado I Registro Oficial del 19 de marzo del 2010 y rige desde esa fecha.⁵

LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA (2008) nos describe que las Servidoras y servidores públicos de acuerdo al **Art. 229.-** Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.

Los derechos de las servidoras y servidores públicos son irrenunciables. La ley definirá el organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público y regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores.

Las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo. La remuneración de las servidoras y servidores públicos será justa y equitativa, con relación a sus funciones, y valorará la profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia.

Art. 230.- En el ejercicio del servicio público se prohíbe, además de lo que determine la ley:

1. Desempeñar más de un cargo público simultáneamente a excepción de la docencia universitaria siempre que su horario lo permita.
2. El nepotismo.

⁵ Constitución de la República del Ecuador 2008

3. Las acciones de discriminación de cualquier tipo.

Art. 231.- Las servidoras y servidores públicos sin excepción presentarán, al iniciar y al finalizar su gestión y con la periodicidad que determine la ley, una declaración patrimonial jurada que incluirá activos y pasivos, así como la autorización para que, de ser necesario, se levante el sigilo de sus cuentas bancarias; quienes incumplan este deber no podrán posesionarse en sus cargos. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional harán una declaración patrimonial adicional, de forma previa a la obtención de ascensos y a su retiro.

La Contraloría General del Estado examinará y confrontará las declaraciones e investigará los casos en que se presuma enriquecimiento ilícito. La falta de presentación de la declaración al término de las funciones o la inconsistencia no justificada entre las declaraciones hará presumir enriquecimiento ilícito.

Cuando existan graves indicios de testaferrismo, la Contraloría podrá solicitar declaraciones similares a terceras personas vinculadas con quien ejerza o haya ejercido una función pública.

Art. 232.- No podrán ser funcionarias ni funcionarios ni miembros de organismos directivos de entidades que ejerzan la potestad estatal de control y regulación, quienes tengan intereses en las áreas que vayan a ser controladas o reguladas o representen a terceros que los tengan.

Las servidoras y servidores públicos se abstendrán de actuar en los casos en que sus intereses entren en conflicto con los del organismo o entidad en los que presten sus servicios.

Art. 233.- Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil

y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.

Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas.

Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.

Art. 234.- El Estado garantizará la formación y capacitación continua de las servidoras y servidores públicos a través de las escuelas, institutos, academias y programas de formación o capacitación del sector público; y la coordinación con instituciones nacionales e internacionales que operen bajo acuerdos con el Estado.

Como hemos podido describir que la Constitución nos detalla claramente la norma donde el servidor público está sujeto y se aplicara correctamente lo que está escrito en las leyes, otro sería la forma de funcionamiento dentro de cada institución, ya que al conocer todo el alcance de ella y con se evitaría controversias. De igual manera vamos a detallar las funciones que tiene la Procuraduría General del Estado.⁶

Procuraduría General del Estado.

Art. 235.- La Procuraduría General del Estado es un organismo público, técnico jurídico, con autonomía administrativa, presupuestaria y

⁶ Diario, Hoy, Martes, 02 de Agosto 2011 Pág.2

financiera, dirigido y representado por la Procuradora o Procurador General del Estado, designado para un período de cuatro años.

Art. 236.- El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social nombrará a la Procuradora o Procurador General del Estado, de una terna que enviará la Presidencia de la República. La terna se conformará con criterios de especialidad y méritos y estará sujeta a escrutinio público y derecho de impugnación ciudadana; quienes la conformen deberán reunir los mismos requisitos exigidos para ser miembros de la Corte Constitucional.

Art. 237.- Corresponderá a la Procuradora o Procurador General del Estado, además de las otras funciones que determine la ley:

1. La representación judicial del Estado.
2. El patrocinio del Estado y de sus instituciones.
3. El asesoramiento legal y la absolución de las consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público con carácter vinculante, sobre la inteligencia o aplicación de la ley, en aquellos temas en que la Constitución o la ley no otorguen competencias a otras autoridades u organismos.
4. Controlar con sujeción a la ley los actos y contratos que suscriban los organismos y entidades del sector público.

Constitución Política 2008:

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

La redacción de esta norma constitucional ya referida de la actual constitución en vigencia en su aplicación genera las siguientes situaciones jurídicas administrativas e institucionales de esta entidad del Estado:

1. Que la Fiscalía General del Estado, denominada anteriormente como Ministerio Público, en la actual Constitución se reestructura su naturaleza jurídico administrativa institucional como un organismo de control para transformarse en un órgano autónomo de la Función Judicial, disminuyendo su autonomía a lo administrativo, económico y financiero, pero manteniendo su unidad e indivisibilidad.

2. Al encontrarse inmersa la Fiscalía General del Estado como órgano autónomo de la Función Judicial, pierde su independencia en su relación con las demás ramas del poder público como organismo de control, en defensa de la sociedad, quedando esta facultad controladora en competencia del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social; de conformidad a las normas constitucionales 207, 208; porque es absorbida y arrastrada dentro del ámbito institucional de la función judicial, debiendo adecuarse a su organización y funcionamiento como organismo operador de la administración de justicia.

El Art. 177 de la actual constitución señala: “La Función Judicial se compone de órganos jurisdiccionales, órganos administrativos, órganos auxiliares y órganos autónomos. La ley determinara su estructura, funciones, atribuciones, competencias y todo lo necesario para la adecuada administración de justicia”. Disposición constitucional que guarda íntima relación con el Art. 178 de la misma carta política: “Los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de otros órganos con iguales potestades reconocidos en la Constitución, son los encargados de administrar justicia, y serán los siguientes: 1. La Corte Nacional de Justicia, 2. Las cortes provinciales de justicia; 3. Los tribunales y juzgados que establezca la ley, 4. Los juzgados de paz. El Consejo de la

Judicatura es el órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial. La Función Judicial tendrá como órganos auxiliares el servicio notarial, los martilladores judiciales, los depositarios judiciales y los demás que determine la ley. LA DEFENSORIA PÚBLICA Y LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO

SON ÓRGANOS AUTONÓMOS DE LA FUNCIÓN JUDICIAL. La ley determinara la organización, el ámbito de competencia, el funcionamiento de los órganos judiciales y todo lo necesario para la adecuada administración de justicia. Como consecuencia jurídica institucional de las disposiciones constitucionales ya referidas, el Fiscal General del Estado, los Fiscales Distritales, Agentes Fiscales, y los demás funcionarios y empleados de esta entidad, se trasformaran en servidores judiciales de un órgano autónomo de la función judicial que es la Fiscalía General del Estado.

4. Al ser la Fiscalía General del Estado un órgano autónomo de la Función Judicial, deberá sujetarse de manera obligatoria y constitucional, al órgano de gobierno administrativo vigilancia y disciplina que es el CONSEJO DE LA JUDICATURA organismo que tiene entre sus funciones principales en el numeral tres (3) del Art. 181 de la Constitución Política vigente, de la de dirigir los procesos de selección de jueces y demás servidores de la función judicial, entre los cuales estarían comprendidos los fiscales distritales, agentes fiscales, funcionarios y demás empleados de la Fiscalía General del Estado, así como su evaluación, ascenso y sanción, quedando como letra muerta la disposición constitucional del Art. 197 que dice: “Se reconoce y garantiza la carrera fiscal, cuyas regulaciones se determinaran en la ley.

La profesionalización con base en la formación continua, así como la evaluación periódica de sus servidoras y servidores, serán condiciones indispensables para la promoción y permanencia en la carrera fiscal”. Lo que significa que la Fiscalía General del Estado como órgano autónomo

de la función judicial pierde capacidad jurídica para nombrar, designar promover y sancionar a los fiscales distritales, agentes fiscales y demás empleados y funcionarios de esta entidad, cuya competencia y aplicación le corresponde por la mencionada disposición constitucional al Consejo de la Judicatura de la Función Judicial, quedando reducida la autonomía de esta institución a lo económico, administrativo y presupuestario.

5. Que al absorber a la Fiscalía General del Estado y a la Defensoría Pública como órganos autónomos al ámbito de la función judicial, tiene que necesariamente adecuarse esta nueva configuración interinstitucional, por mandato constitucional en un solo cuerpo jurídico, llámese Código Orgánico de la Función Judicial o nueva Ley Orgánica de la misma, acorde a esta nueva realidad institucional, estableciendo una nueva estructuración jurídica administrativa adecuando un mecanismo de funcionamiento para su aplicación en la administración de justicia, conservando y manteniendo la independencia en el rol de sus funciones y atribuciones que les corresponde a estos órganos autónomos de acuerdo a la Constitución Política vigente.

6. La designación de Fiscal General del Estado que consta en la actual Constitución Política, en el Art. 194, debería ser de Fiscal General de la Función Judicial, por tratarse de un órgano autónomo de dicha función, de conformidad a lo establecido en las normas constitucionales 177, 178, de esta carta política.

7. El Ministro Fiscal General en la anterior Constitución y la Ley Orgánica del Ministerio Público literal "o" del Art. 8, tenía que presentar un informe anual al Congreso Nacional sobre las labores cumplidas, que era su autoridad nominadora; actualmente tiene que presentar una rendición de cuentas de sus actuaciones ante el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, de conformidad a lo establecido en el numeral 2 del Art. 208 de la actual carta política, Consejo que de acuerdo al numeral 11 de

la misma disposición jurídica constitucional es su autoridad nominadora como Fiscal General del Estado, debiendo posesionarse de conformidad al numeral 11 del Art. 120 de la actual constitución ante la Asamblea Nacional.

Lo que significa que las actuaciones del Ministro Fiscal no eran reguladas ni controladas por entidad o autoridad pública alguna, simplemente se enmarcaban en la Constitución de 1998, Ley Orgánica del Ministerio Público y demás reglamentos; hoy con la nueva Constitución del 2008, las actuaciones del Ministro Fiscal General se encuentran observadas y controladas por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, lo que le resta autonomía en sus atribuciones como representante legal de la Fiscalía General del Estado.

FUNCIONES PRINCIPALES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO EN EL PAÍS.

Debo comenzar señalando que el Fiscal es un funcionario público, que tiene múltiples obligaciones que se encuentran comprendidas no sólo en la Constitución de la República, tratados internacionales de derechos humanos; Código Orgánico de la Función Judicial, Código de Procedimiento Penal, sino en varias otras leyes.

FUNCIONES DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO EN EL CAMPO PENAL.

Brevemente voy a señalar que en este campo, el Fiscal, es sujeto activo e interviene como representante de la sociedad, en los procesos penales

que tienen por objeto delitos de acción penal pública, porque es la sociedad en estos casos, la afectada por la comisión de estos delitos y la interesada en el mantenimiento y respeto del orden jurídico.

Dos son las funciones principales dentro de este campo:

- 1.- Es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos de acción pública; y,
- 2.- Es sujeto principal de la pretensión punitiva.

De este modo, la ley le impone al Fiscal una obligación jurídica, que no puede soslayar cuando se trata de la comisión de los delitos de acción penal pública conforme lo señala el Art. 33 del Código de Procedimiento Penal; así debe hacer conocer al respectivo juez de la comisión de ese hecho, esto es debe ejercer LA ACCION PENAL que viene a ser el mantener el PRINCIPIO DE LEGALIDAD, obligación que en nuestro país no es discrecional, como sucede en otros sistemas procesales como el estadounidense. El Agente Fiscal de cada Unidad dentro del nuevo Programa de Gestión implementado por el Fiscal General del Estado, debe estimular al titular del órgano judicial correspondiente, mediante el ejercicio de la acción penal, para que inicie el proceso y una vez instaurado, exhiba la pretensión punitiva, solicite las pruebas respectivas al juez, agilite el proceso, presente recursos, etc.

De este modo el Fiscal es parte principal en un juicio penal por acción pública, porque de esta manera se encuentra exhibiendo una pretensión punitiva frente al procesado, a nombre de la sociedad agraviada con la alteración del orden jurídico, a fin de que sea estimada por el titular del

órgano judicial, y de este modo lograr la sanción penal correspondiente, a fin de que los delitos de acción penal pública no queden en la impunidad, y de este modo lograr la paz social que es el principal objetivo en la nueva administración de justicia en el país.

Hay que recalcar que esta pretensión es exhibida, porque la ley lo ha autorizado, lo ha capacitado para que intervenga en el proceso penal a fin de evitar que un delito quede en la impunidad, pero siempre recordando que la Fiscalía General del Estado es también protector del inocente, ya que la sociedad no puede estar interesada sino en que se sustraiga de su seno a quien realmente lo ofendió con su conducta dolosa o culposa, previo al juicio con todas las garantías del debido proceso.

FUNCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO EN EL ÁMBITO CIVIL.

Por regla general, el Ministerio Público hoy Fiscalía General del Estado, no interviene en el campo civil, porque se ventilan intereses de carácter privado, sin embargo puede y a veces debe ser oído como auxiliar del Juez de lo Civil y Mercantil; e inclusive del Juez de la Familia, Niñez y Adolescencia, en todos los casos que aquellos lo consideren conveniente; aclarando que dentro del proceso civil la Fiscalía General del Estado tiene una actuación menos marcada que en el proceso penal, por ser de menor importancia pública las materias que allí se debaten; pero esto no quiere decir que carezca de toda intervención o que se minimice la misma; de tal modo que en nuestra legislación en materia civil, la Fiscalía General del Estado a través del Agente Fiscal interviene en los siguientes casos:

1. En los de muerte presunta;
2. En la venta de los bienes del desaparecido;
3. Puede proponer la nulidad de un matrimonio civil;
4. Opina sobre el cuidado de los hijos de los divorciados;
5. Opina sobre la autorización judicial a la mujer;
6. Suple con su opinión el consentimiento del interdicto;
7. Opina sobre la suspensión de la patria potestad;
8. Opina sobre el nombramiento de Curador Ad-litem, especialmente en casos de menores de edad o incapaces;
9. Es parte de la administración del Guardador;
10. Es parte en los inventarios y en la división de bienes en determinados casos, especialmente en circunstancia del ausente;
11. Es parte para cerrar cuentas;
12. Opina sobre el nombramiento de Tutor en algunos casos, que se refieren a los menores de edad incapaces;
13. Es parte en el juicio de interdicción en el caso del disipador;
14. Interviene para nombrar curador de bienes en el caso del ausente;
15. Interviene en el juicio de incapacidades o excusas;
16. Interviene para solicitar la remoción del Guardador;
17. Interviene para nombrar administrador de personas jurídicas;
18. Interviene en todo juicio de patrimonio familiar;
19. Interviene para determinar asignaciones dentro de las herencias y legados;
20. Conoce sobre los legados de beneficencia o piedad;
21. Interviene en el caso de ausencia del acreedor en oferta de pago;
y,
22. Hay otras intervenciones de la Fiscalía General a través de los agentes fiscales especialmente en caso de menores de edad o incapaces.

En síntesis, hoy el Fiscal es un funcionario judicial, sometido al Código Orgánico de la Función Judicial, que lo regula en los Arts. 281 al 284, pero que la Asamblea Nacional ha presentado algunas reformas a estas disposiciones legales; de tal modo como el Fiscal tiene la potestad de investigar y acusar a cualquier funcionario del Estado o ciudadano que ha violado un bien jurídico, tipificado como delito de acción pública en el Código Penal, tiene que mantener una total independencia del aparato estatal; y así bien lo dice el historiador Enrique Ayala Mora, que lo importante es tener un Fiscal “Que conozca la Constitución y la ley y que esté dispuesto a hacer cumplir las normas legales”; más aún al considerar que también interviene en el campo civil como queda manifestado.

RESUMEN SOBRE LA MISIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO.

Conforme lo ha manifestado reiteradamente, el señor Fiscal General del Estado trabaja por un verdadero y eficaz acceso a la justicia, pues es una Fiscalía moderna al servicio de la sociedad, que representa a ésta en la investigación y persecución del delito (de acción pública) y en la acusación penal de los presuntos infractores; de tal manera que esta noble institución, tiene los siguientes objetivos:

MISIÓN: Dirigir con objetividad y ética la investigación del delito y a nombre de la sociedad, acusar a los responsables, protegiendo a las víctimas y garantizando los derechos humanos, a fin de lograr la confianza de la ciudadanía.

VISIÓN: Constituirse en garante de la seguridad jurídica ciudadana y en un referente de la administración de justicia penal, que encuadre su accionar en principios éticos y jurídicos.

PRINCIPIO DE OBJETIVIDAD QUE DEBE OBSERVAR LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO.

El artículo 65 inciso cuarto del Código de Procedimiento Penal señala “Es obligación del fiscal, actuar con absoluta objetividad, extendiendo la investigación no sólo a circunstancias de cargo sino también a las que sirvan para descargo del procesado”.

Es evidente que los funcionarios de la Fiscalía General del Estado, no tienen la calidad de jueces, pero son personas que intervienen sobre todo en el proceso penal dentro de los márgenes que señala la Constitución de la República, los tratados internacionales de derechos humanos y las leyes pertinentes; siendo menester recordar que el representante de la sociedad debe procurar la sanción de los infractores de la ley penal en defensa de las personas acusadas en la causa y la indemnización de los perjuicios causados por la infracción; además de proteger a los testigos y víctimas del delito.

De tal modo que hay que recordar que la Fiscalía General del Estado, tiene tres funciones fundamentales:

1. Llevar la representación de la sociedad;
2. Velar por la aplicación de la ley frente a los acusados y/o procesados, para que se les sancione debidamente o se les

confirme la inocencia; o sea su dictamen se debe basar, no en sentimientos de retaliación ni venganza, sino en elevados motivos de justicia distributiva y beneficio común; y,

3. La Fiscalía General del Estado en el proceso penal, ejerce una función jurídico-social, por cuanto asume la representación de los intereses del Estado y de la sociedad.

De lo anotado se desprende que, su misión no es propiamente la del acusador para obtener una condena, ni la de defensor para pedir la confirmación de inocencia; su función por ser de carácter público-social, es la de buscar el equilibrio de la justicia entre la Sociedad y el Estado y la persona que infringió la ley penal o aquella que injustamente es acusada.

El tratadista nacional, doctor Luis Felipe Borja, con razón hace más de cien años atrás decía, que el Fiscal es el personaje que mejor puede representar a la justicia, demostrando energía y decisión, pero sin odio, serenidad, sin vergüenza y acusando siempre con razones y sin desvaríos, pues es el Fiscal quien tiene el deber de representar los intereses de la justicia, del Estado y de la sociedad.

Añade el autor citado que, es natural que en la mayoría de los casos los intereses de la sociedad estén en pugna con los del acusado; entonces su deber como representante de ella es el de pedir una justa sanción, pero existen otros en los cuales el interés social puede coincidir con los del asociado para fusionarse en una sola tesis: la defensa social.

Hay que recalcar, que los representantes de la Fiscalía General del Estado, conforme señala el artículo 65 del Código de Procedimiento Penal, la Fiscalía General del Estado no tiene corazón, no tiene pasión, ni odio; pues es impersonal e imparcial como el derecho que representa; de tal modo que su aspiración es el descubrimiento del hecho ilícito, el triunfo de la justicia, la comprobación de la verdad judicial en defensa de la sociedad y del orden; la protección de la inocencia y el castigo al culpable; así como la protección a la víctima y a los testigos, esto último según lo dispone el Art. 198 de la Constitución de la República, pues de este modo se evita la impunidad; de tal modo que el sistema nacional de protección actualmente, está dirigido a víctimas, testigos, fiscales, agentes policiales, peritos, funcionarios judiciales, acusador particular, y otros, que por su participación en el proceso penal han sufrido amenazas o agresiones.

CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO.

Art. 211.- La Contraloría General del Estado es un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos.

Art. 212.- Serán funciones de la Contraloría General del Estado, además de las que determine la ley:

1. Dirigir el sistema de control administrativo que se compone de auditoría interna, auditoría externa y del control interno de las entidades del sector público y de las entidades privadas que dispongan de recursos públicos.
2. Determinar responsabilidades administrativas y civiles e inclusive 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.
3. Expedir la normativa para el cumplimiento de sus funciones.
4. Asesorar a los órganos y entidades del Estado cuando se le solicite.

LEY ORGANICA DEL SERVIDOR PÚBLICO.

Art. 2. Objetivos, El servidor público y la carrera administrativa por objetivo propender al desarrollo profesional, técnico personal de las y los servidores públicos, para mejorar el permanente mejoramiento, eficiencia, eficacia y productividad para el estado y de sus instituciones, mediante la conformación, funcionamiento y desarrollo de un sistema de gestión, sustentado en la igualdad de derechos y oportunidades y la no discriminación.

Art. 10. Prohibición especial para el desempeño de un puesto, cargo, dignidad en el sector público. Las personas con quienes se les ha dictado sentencia condenatoria ejecutoriada por delito de: Peculado, cohecho, concusión o enriquecimiento ilícito; y en general quienes hayan sido sentenciados por defraudaciones al Estado, están prohibidas para el desempeño, bajo cualquier modalidad de un La misma incapacidad

recaerá para quienes hayan sido considerados por los siguientes delitos: delitos aduaneros, tráfico de sustancias estupefacientes y sicotrópicas, lavado de activos, acoso sexual, explotación sexual, trata, tráfico ilícito y violación..

Concepto de servidor público.

El tratadista Italiano Orlando citado por el profesor Aurelio García, define al empleado público como: “El que tiene la obligación de prestar su mano de obra al Estado, mediante una retribución con cargo al presupuesto, haciendo del servicio su profesión, dedicando a ella permanentemente su actividad física e intelectual para obtener los medios de subsistencia económica”.²

Ciertamente, el empleado hoy servidor público, es el ciudadano que se encuentra vinculado a la Administración Pública de manera permanente, percibiendo una remuneración fija, al amparo de las leyes y reglamentos que rigen su vida jurídica-administrativa, con los derechos, las obligaciones a que se encuentran sujetos, tales como la carrera administrativa, las indemnizaciones por supresión de puestos, separación voluntaria, por jubilación, etc.

Dentro de las obligaciones de los servidores públicos, se encuentran aquellas que cita la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, de Unificación, de Homologación de los Servidores Públicos, con su reglamento

Rafael Bielsa cuando se refiere al funcionario público nos indica que:

“Es el que, en virtud de designación especial y legal (sea por Decreto Ejecutivo, sea por elección) delimitada esfera de competencia, constituye o concurre a “constituir” y a “expresar o ejecutar” la voluntad del Estado, cuando esa voluntad se dirige a la realización de un fin público, ya sea actividad jurídica o actividad social.” 4 y de manera continua bajo formas y condiciones determinadas en una norma.

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

Cabe destacar que, tanto la legislación, la jurisprudencia y la doctrina, diferencian al funcionario del empleado público; así al primero, en base a su título o su especialidad, realiza trabajos de índole intelectual o profesional, tenemos en este grupo a las autoridades y los funcionarios que se encuentran tras de un escritorio; en tanto a los segundos, se los considera aquellos que realizan trabajos de tipo manual o material, en

este grupo se encuentran los conserjes, los chóferes, todos aquellos que realizan actividades que no requieran título profesional.⁷

Revisaremos varios conceptos que han sido elaborados por diferentes tratadistas los mismos que buscan definir lo que es el servicio público.

Así, Sarria Eustorgio dice: “Servicio público es toda actividad encaminada a satisfacer una necesidad de carácter general, en forma continua y obligatoria, según la ordenación del derecho público, bien sea que su prestación está a cargo del Estado directamente o de concesionarios o administradores delegados, o a cargo de simples personas privadas”.⁶ Cretella Junior: Citado por Emilio Fernández Vásquez manifiesta: “Servicio público es toda actividad que la persona jurídica directa e indirectamente ejerce, para atender al público”

La Constitución de la República, en el Art. 228, cuando cita el servicio público, dispone que el ingreso se realizará mediante concursos de méritos y oposición, así como los ascensos, la promoción a la carrera administrativa; agrega que se excepcionan los servidores públicos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción.

De los conceptos propuestos tenemos como generalidad que coinciden en la relación del Estado con los particulares como con las personas jurídicas en función de una prestación de servicios que va en beneficio de la sociedad.

Disposiciones Constitucionales referentes a la función pública

⁷ García Aurecio: Ciencias del Estado Casa de Cultura Ecuatoriana. Cuarta edición tomo II Pág. 132 y 134

De conformidad con lo que prescribe el Art. 225 de la Constitución Política de la República del Ecuador, “el sector público comprende:

1.- Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, legislativa, judicial Electoral de Transparencia y de Control Social.

2.- Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.

3.- Los organismos y entidades creados 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.

4.- Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.”

Por su parte el Art. 226 *ibídem*, determina: “que las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras y servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley.

Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”.

Estas disposiciones constitucionales definen el sector público, los servidores y la función que estos realizan a favor del estado de una

manera clara, consecuentemente encaminan el estudio del tema propuesto.

LA RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS Y DE TERCEROS.

En materia de Derecho Administrativo, no se puede profundizar estudios si no se tienen claros los conceptos de CONTROL y de RESPONSABILIDAD. El segundo es consecuencia del primero, porque en la administración pública deben haber controles establecidos en leyes y reglamentos para lograr que los recursos públicos (económicos, financieros, materiales y humanos) sean bien utilizados, es decir, logrando que constituyan una inversión y ahorro, mas no un gasto o pérdida para el Estado.

Cuando los controles en el manejo de los recursos públicos están bien definidos y ejecutados, se consigue generación efectiva de riquezas. Estos controles están presentes antes, durante y después de la ejecución de un acto o de un contrato administrativo, ejerciéndose en el Ecuador a través de las Instituciones Superiores de Control (Contraloría General del Estado, Procuraduría General del Estado, Ministerio Público, Comisión de Control Cívico de la Corrupción y Superintendencias — Título X de la Constitución Política del Ecuador-), así como a través de los fiscalizadores de los contratos administrativos y de las auditorías internas.

De los resultados de los controles ejercidos nace la determinación de las responsabilidades para todos aquellos que administren los recursos públicos, así como para terceros que tienen relación directa o indirecta con tal administración. Estas responsabilidades están previstas en la Constitución Política (C.Po.), en Ley y en el Reglamento respectivo, con sus consecuentes grados de culpabilidad y sanciones, siendo las normas que rigen esta materia la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (LOGE) y el Reglamento de Responsabilidades (Reg. Res.).

Recordemos que el Estado también es ente de responsabilidad frente a sus habitantes, la C.Po. en su artículo 20 así lo consagra, obligándolo a indemnizar a los particulares por los daños ocasionados debido a la insuficiente prestación de servicios públicos o de los actos de sus servidores en el desempeño de sus cargos. Esta obligación Estatal tuvo su nacimiento en la Revolución Francesa, cuando el concepto de soberanía se transfirió del Rey absolutista al pueblo. Desde entonces, nada excusa al Estado de su responsabilidad directa frente a sus contribuyentes y ciudadanos en general.

Pero, ¿en qué grado son responsables quienes prestan servicios públicos o realizan actos administrativos o celebran contratos públicos a nombre del Estado y de las Instituciones Públicas Estatales o Autónomas? Considero menester tratar este tema para proponer una mejor definición en los grados de responsabilidad para los servidores públicos y para quienes no siendo tales, estén relacionados directa o indirectamente en los contratos administrativos, es decir, los terceros.⁸

⁸ Responsabilidad de los Servidores Públicos y Terceros, Dra. María Rivas Caseretto

CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD.

1) En el lenguaje común, se entiende por responsabilidad el deber de responder por los actos propios, que hayan ocasionado daño a otros.

El Diccionario Jurídico del Dr. Guillermo Cabanellas de Torres dice en términos generales que RESPONSABILIDAD es: "Obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o, en ocasiones especiales, por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño originado." Le da el sinónimo de "DEUDA MORAL" y de hecho lo es, pues, quien es responsable por un acto está obligado a reparar el daño que haya causado. En Derecho Administrativo, el mismo diccionario indica que en lo que respecta al Estado "como persona de Derecho Público, sólo es posible hablar de responsabilidad civil", es decir, que tiene la obligación de resarcir el daño ocasionado por sí mismo o por terceros de quienes responde.

El artículo 20 de nuestra Carta Magna señala que "Las Instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos." Y el artículo 120 dice: "No habrá dignatario, autoridad, funcionario ni servidor público exento de responsabilidad por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones."; mientras que el artículo primero del Reglamento de Responsabilidades (Reg. Res.), emitido por el Contralor General del Estado mediante Acuerdo No.917 el 23 de agosto de 1985 y publicado en el Registro Oficial No.258 del 27 de los mismos mes y año, señala que todos los servidores públicos son responsables de los actos ejecutados o de la omisión intencional o culposa"

En definitiva, el concepto de Responsabilidad en Derecho Administrativo es que el Estado a través de sus dignatarios, autoridades, funcionarios o

servidores públicos y terceros, se haga cargo de los efectos jurídicos que emanaron de sus actos u omisiones culposas o intencionales. Para librar su responsabilidad, tales sujetos deberá justificar su acto, es decir, que éste debe ser motivado conforme lo dispone el Art.24 numeral 13 de la C.Po. y el 31 de la Ley de Modernización del Estado. Por ejemplo, cuando un funcionario público emite una Acción de Personal para destituir del cargo a un servidor que no es de libre remoción, debe sentar en su Resolución el motivo de la destitución, que podría ser por indisciplina, por mal manejo de fondos públicos o por eliminación de partida presupuestaria. Si el Acto Administrativo no está debidamente motivado, acarrea responsabilidad para el funcionario emisor de tal Acto.

Situación similar es para emitir o eliminar partidas presupuestarias, adquisición o despojo de bienes muebles e inmuebles, etc. LA DETERMINACION TÉCNICA DE LA RESPONSABILIDAD Las responsabilidades en el Ecuador son determinadas por dos Órganos Superiores de Control, uno es el Congreso Nacional el cual, a más de tener la facultad privativa de legislar, tiene la facultad de controlar y determinar responsabilidades a los dignatarios (Presidente y Vicepresidente de la República, Ministros de Estado, Ministro Fiscal, Defensor del Pueblo, etc.), a funcionarios y a empleados públicos. Este tipo de control y de determinación de responsabilidades se lo llama político porque termina en un enjuiciamiento de jurisdicción privativa de la Función Ejecutiva (Art.130 numerales 3, 8 y 9 de la C. Po.).

El otro Órgano de Control Superior es la Contraloría General del Estado, la cual ejecuta el control técnico, en base a auditorías internas e externas, mediante informes y exámenes y Capítulo 5 de la LOCGE). A la determinación técnica de responsabilidades me referiré en este capítulo.

2) CLASES DE RESPONSABILIDADES Tanto la Constitución Política del Ecuador, como la Ley y el Reglamento, presentan dos grandes grupos de responsabilidades en el área administrativa, las cuales son.

1) Por el objeto: Responsabilidad Administrativa, Civil y Penal. (Secciones 2, 3 y 4 del Capítulo 5 de la LOCGE; Art.4 Reglamento de Responsabilidades). 2) Por el sujeto: Responsabilidad Principal y Subsidiaria (Art.5 Reg. Res.); y, Responsabilidad Directa y solidaria (Art.6 Reg. Res.).

POR EL OBJETO.

a) Responsabilidad Administrativa.- Consiste en la inobservancia de las disposiciones legales y reglamentarias referentes a actos y contratos administrativos por parte de los servidores públicos y en el incumplimiento de sus funciones o cargos. Es decir, se trata de casos de indisciplina que se aplica en servidores públicos y por excepción en terceros.

La LOCGE en la sección 2 de su capítulo 5, define este tipo de responsabilidad como administrativa culposa en que se trata del resultado de un análisis del grado de inobservancia de las disposiciones legales relacionadas con las funciones de los dignatarios y servidores públicos, definiendo 14 causales, siendo un caso propio de corrupción la causal 4: "Exigir o recibir dinero, premios o recompensas, por cumplir sus funciones con prontitud o preferencia, por otorgar contratos a determinada persona o suministrar información, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar;"

La sanción dada por esta Ley es la multa de uno a diez sueldos básicos, pudiendo ser destituido de su cargo. (Art.46, inc. Primero). Pero esta misma Ley establece sanción por responsabilidad administrativa para los terceros o para personas jurídicas de derecho privado vinculadas con

actos y contratos administrativos, con multa de \$10 a \$500, a ser recaudada por jurisdicción coactiva. (Art.47)

b) Responsabilidad Civil.- Cuando por acción u omisión, un funcionario o servidor público ha perjudicado económicamente a la institución donde sirve, ya sea manejando los recursos financieros o en el proceso de contratación o de ejecución de obra pública. Esta responsabilidad está definida en el 52 de la LOCGE: "...una acción u omisión culposa aunque no intencional de un servidor público o de un tercero... de un acto administrativo sin tomar aquellas cautelas, precautelas o precauciones necesarias para evitar resultados perjudiciales directos o indirectos a los bienes y recursos públicos."⁹

El perjuicio financiero se lo establece y tramita mediante glosas (observaciones por irregularidades administrativas detectadas por auditoría que predeterminan responsabilidades, según No.1 del Art.53 LOCGE); que se notifican al funcionario o servidor para que en 60 días presente pruebas de descargo, o mediante orden de reintegro (cuando el servidor ha desembolsado fondos públicos indebidamente, o entregado bienes del Estado o de instituciones públicas, o realizado obras o servicios sin fundamento legal, según el No.2 de la Ley Ibídem).

De haberse vencido el plazo legal, el Contralor General del Estado dictará su Resolución. Es menester acotar que en esta responsabilidad también pueden incurrir terceros sujetos al derecho privado, quienes son los contratistas constructores o que prestan un servicio y entre éstos últimos los fiscalizadores contratados. Todos ellos, de alguna forma están vinculados con el sector público, como podría ser mediante un contrato de obra o de prestación de servicios. Los terceros tienen 30 días de plazo para descargar su culpa. (Art. 48 incisos 2do y 3ro. LOCGE) La sanción es pecuniaria, es decir, que los culpables de

⁹ Revista jurídica de la Universidad Católica de Guayaquil

responsabilidad tendrán en su contra títulos de crédito a favor del Estado o de la institución perjudicada los que se cobrarán mediante coactiva ejercida ya sea por la entidad o por la Contraloría General del Estado y 57 de la LOCGE).

c) Responsabilidad Penal.- Cuando por informes de auditoría se ha detectado casos de peculado o mal manejo de fondos públicos, tipificado en los artículos 257 (peculado) del Código Penal.

Esta clase de responsabilidad determinada en el artículo 65 de la LOCGE, conlleva un procedimiento para ejercer la detención provisional del presunto responsable hasta pasarlo a manos de un juez de lo penal, también determinado en ambas Leyes antedichas. El informe de auditoría constituye la denuncia para que se dicte el auto inicial, la detención del implicado y la práctica de las medidas cautelares para garantizar los intereses del Estado.

Pero el peculado es el delito único por el que un servidor público debe responder penalmente, el artículo 65 de la LOCGE señala otros delitos por los que debe responder, que son el prevaricato, el cohecho y el enriquecimiento ilícito, éste último es el caso más común de corrupción que agobia a nuestro país (Arts.277, 285 y Capítulo innumerado del Código Penal)

POR EL SUJETO.

d) Responsabilidad Principal.- Es cuando el sujeto (servidor público) está obligado a dar, hacer o no hacer algo, por causa del cargo que ocupa o por su participación de un contrato. Este es el caso de los titulares de cargo públicos. El artículo 5 del Reglamento de Responsabilidades la define como "Será principal la responsabilidad cuando el sujeto de la misma esté 'obligado, en primer término, a dar, hacer o no hacer una cosa,..."

e) Responsabilidad Subsidiaria.- Es cuando el responsable principal incumple, le corresponde a quien lo subroga responder con el cumplimiento del cargo. Esta es la responsabilidad que acarrearán los encargados de los cargos públicos. Pero la LOCGE en su artículo 43, concede a favor del responsable subsidiario los beneficios de orden y excusión.

f) Responsabilidad Directa.- Corresponde al funcionario o servidor público que ejerza funciones de administración ya sea financiera o de gestión y registro o custodia de bienes públicos. Ellos deben responder hasta por la culpa leve (Art. 42 LOCGE y 6 del Reg. Res.).

g) Responsabilidad Solidaria.- Es cuando recae sobre dos o más funcionarios o servidores públicos e incluso sobre terceros regidos por el derecho civil, pero que tienen vinculación con el acto o contrato administrativo.

Cabe acotar que la solidaridad se da entre el principal y los subsidiarios cuando la determinación de la responsabilidad se ha tramitado por glosa, mas no mediante orden de reintegro. En éste último caso, el Reg. Res. en su artículo 6, segundo inciso, manifiesta que la solidaridad se da solamente entre los responsables subsidiarios.

2.3. PLANTEAMIENTO DE HIPÓTESIS.

2.3.1 HIPÓTESIS GENERAL.

- Los factores políticos, jurídicos y sociales sobre la Administración de la justicia, no eliminan la controversia con la contraloría en los casos de peculados observados en la ciudad de Babahoyo.

2.3.2. HIPÓTESIS ESPECÍFICAS.

1. La falta de legislación sobre la acción del debido proceso, si induce a la contraloría y a los fiscales a trabajar independientemente en forma controvertida en los casos de peculado observados en la ciudad de Babahoyo.

2. La celeridad sobre el debido proceso en la indagación previa, provoca la caducidad del caso en beligerancia y controversia con la contraloría en los peculados observados en la ciudad de Babahoyo.

3. Las denuncias infundadas contra el administrador público sobre la Administración de la justicia, si vulneran los derechos del acusado en los casos de peculados observados en la ciudad de Babahoyo.

2.4. OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES DE LAS HIPÓTESIS ESPECÍFICAS

CONCEPTOS	CATEGORÍAS	VARIABLES	INDICADORES	ÍNDICES
VARIABLE INDEPENDIENTE Peculado y las controversias - controversia con la contraloría en los casos de peculados - acción del debido proceso, - denuncias infundadas contra el administrador público	Ley suprema	Constitución de la República del Ecuador	Derechos constitucionales -Deberes de los ciudadanos	Jueces
	Ley Contraloría	-Dictamen de Ley	-Jueces y tribunal	
	Código de procedimiento Penal	-Cumplimiento de Código de procedimiento Penal	-El acto cometido -denuncia	Fiscales
	Código penal	-Violación a los derechos de las personas	-Vivir en paz y una vida digna	Sociedad
VARIABLE DEPENDIENTE Administración de justicia y la Contraloría -factores políticos, jurídicos y sociales sobre la Administración de la justicia - acción del debido proceso, - denuncias infundadas contra el administrador público sobre la Administración de la justicia,	Corte superior de justicia	-Jueces fiscales y Penal condenatoria o absolutoria		
	Problemas sociales	-Intereses creados por los denunciados	-Réditos políticos -Personales	Administración Pública
	Fiscalía Contraloría	Jurisdiccionalidad	Controversia en decisiones investigativas	
	Ley del Servidor Público	Derechos y obligaciones	Sanciones Penales y administrativas	Fiscalía y Contraloría

CAPÍTULO III.

3. METODOLOGÍA.

3.1. TIPO DE ESTUDIO.

Aplicada: Porque me facilitó a encaminar a resolver problemas prácticos, para la aplicación inmediata de los resultados.

De campo porque se realizó encuestas a personas profesionales en derecho como, a jueces, Fiscales, Contralor y un grupo determinado de Abogados de libre ejercicio de la ciudad de Babahoyo

Descriptiva, por cuanto a través de la información obtenida se pudo clasificar los elementos y estructuras para caracterizar una realidad y,

Explicativa, porque permitió un análisis del fenómeno para su rectificación.

3.2. UNIVERSO Y MUESTRA.

UNIVERSO DE INVESTIGACIÓN:

3.2.1. Población.

La población o universo que se investigó lo conforman: Fiscal (4)
Jueces (3), Contralor (1).

3.2.2. Muestra.

Para determinar el tamaño de la muestra utilice el 100 % de la población.

3.3. MÉTODOS Y TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN.

Método Inductivo.

La inducción la utilicé como una forma de razonamiento, por medio de la cual pasé de los conocimientos particulares a un conocimiento más general, que reflejó respuestas muy contundentes.

Método Deductivo.

La deducción es una forma de razonamiento, mediante la cual se pase de un conocimiento general a otro de menor generalidad.

Método Científico.

Esté método científico utilicé porque tiene un conjunto de procedimientos lógicamente sistematizado que pude descubrir los hechos, datos y problemas reales, lo que me permitieron establecer una conclusión general y después del análisis las posibles soluciones.

Aplice las siguientes fases del Método Científico.

- Observación.
- Determinación del problema.

- Ideas a defender.
- Verificación de los resultados.
- Recopilación de datos.

Método descriptivo.

Se usó este método en la investigación para clasificar y ordenar estadísticamente los datos conseguidos y me facilitó conseguir la determinación ¿De qué manera inciden los factores políticos, jurídicos y sociales sobre la Administración de la justicia que provoca una controversia con la contraloría en los casos de peculados observados en la ciudad de Babahoyo desde el 2008 al año 2010?

3.4 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS.

TÉCNICAS.

Entrevistas.

La técnica de la entrevista me permitió tener un acercamiento objeto sujeto, para determinar objetivamente las preguntas previamente establecidas en un patrón predefinido. A través de esta técnica me permitió obtener información por medio del dialogo entre dos o más personas.

La entrevista fue estructurada con la finalidad de obtener una información veraz, la misma que me condujo a un acercamiento entre los fiscales, jueces y el contralor.

Encuestas.

La encuesta ayudó a obtener información a través de un cuestionario a las personas involucradas en la investigación como: los fiscales, jueces y el contralor

Esta técnica me permitió ayudar a encontrar la interrogante del problema planteado.

Instrumentos.

Es la herramienta que utiliza el investigador para recolectar y registrar la información, entre estos se encuentran los formularios de preguntas, que estuvieron detallada con toda claridad, para ello en este trabajo se empleó los siguientes instrumentos que de una u otra manera formaron parte principal para obtener el objetivo deseado:

1. Ficha de trabajo bibliográfico.
3. Guía de observación.
4. Cuestionario de encuesta
5. Guía de entrevista

Fuentes de obtención de información.

Siendo este trabajo netamente investigativo utilice como fuentes de investigación los siguientes instrumentos.

Fuentes primarias.

Fue la entrevista directa con los fiscales, jueces y contralor que fueron el objeto de investigación.

Fuentes secundarias.

- ❖ Archivos.
- ❖ Análisis de documentos.
- ❖ Internet.
- ❖ Libros.
- ❖ Diálogos.
- ❖ Gasetas judiciales.

3.5 PROCESAMIENTO DE LA INFORMACIÓN.

En el procesamiento de la información se fueron identificando, luego de la aplicación de los instrumentos se tabularon y se detallaron en cuadros gráficos para su respectivo análisis e interpretación; la comprobación de la hipótesis, conclusiones, recomendaciones y finalmente se establecieron propuestas y alternativas de solución.

3.6 PROCEDIMIENTO.

TABULACIÓN E INTERPRETACIÓN DE DATOS.

FORMATO DE ENCUESTA PARA FISCALES DE LA CIUDAD DE BABAHOYO.

No	Preguntas	Alternativas	Frecuencias	Porcentaje 100%
1	¿Existe controversia entre la fiscalía con el contralor en las investigaciones en el delito de peculado?	SI NO	4 0	100% 0%
2	¿En los delitos de peculado que Ud. Investiga hay tramite opuestos con el contralor?	SI NO	0 4	0% 100%
3	¿Existen caso que han concluido con sentencia condenatoria a funcionario público en el delito de peculado?	SI NO	1 3	25% 75%
4	¿Cree Ud. Que el delito de peculado trae alarma social en la sociedad?	SI NO	4 0	100% 0%
5	¿Ud. Tiene la obligación de informar a contraloría de la investigación que realiza?	SI NO	0 4	0% 100%
6	¿Son aceptadas las investigaciones que Ud. Realiza por contraloría?	SI NO	0 4	0% 100%
7	¿Existe fallos procedimentales en el Código de Procedimiento Penal?	Si NO	1 3	25% 75%
8	¿Se debería reformar el Código de Procedimiento Penal en lo referente al delito de peculado?	Si NO	4 0	100% 0%
9	¿Cree usted que las denuncias de peculado tienen el efecto contradictorio con la contraloría?	SI NO	3 1	75% 25%

FORMATO DE ENCUESTA PARA JUECES DE LO PENAL DE LA CIUDAD DE BABAHOYO

No	Preguntas	Alternativas	Frecuencias	Porcentaje 100%
1	¿El delito de peculado se ha incrementado en los últimos años?	SI	2	67%
		NO	1	33%
2	¿Existe controversia entre la fiscalía y la contraloría en casos de investigación de peculado?	SI	3	100%
		NO	0	0%
3	¿Tiene vacíos legales el Código de Procedimiento Penal?	SI	3	100%
		NO	0	0%
4	¿Se ha sentenciado algún funcionario público en los últimos años del G.A.D. del Municipio por peculado?	SI	1	25%
		NO	2	75%
5	¿Se debe de llevar la investigación de los casos de peculado por separado la fiscalía y Contraloría?	SI	0	0%
		NO	3	100%
6	¿Los procedimientos penales de peculado se ajustan al clamor ciudadano?	SI	0	0%
		NO	3	100%
7	¿Se debe de reformar el Código de Procedimiento Penal?	SI	3	100%
		NO	0	0%
8	¿Se debe regular la investigación tanto la fiscalía y la contraloría?	SI	3	100%
		NO	0	0%

FORMATO DE ENCUESTA PARA CONTRALOR DE LA CIUDAD DE BABAHOYO

No	Preguntas	Alternativas	Frecuencias	Porcentaje 100%
1	¿La Contraloría es una entidad autónoma?	SI NO	1 0	100% 0%
2	¿En el delito de peculado Ud. Realiza la investigación separado de la fiscalía?	SI NO	1 0	100% 0%
3	¿Las pruebas que usted presenta en el delito de peculado se las considera el fiscal?	SI NO	0 1	0% 100%
4	¿La ley le faculta para realizar la investigación por separado de la fiscalía?	SI NO	1 0	100% 0%
5	¿Cree usted que se puede investigar por separado un delito de peculado?	Si NO	0 1	0% 100%
6	¿Tiene la potestad el fiscal de realizar la investigación presentando solo sus fundamentos?	Si NO	0 1	0% 100%
7	¿Ha tenido dificultades al presentar sus pruebas al fiscal?	Si NO	1 0	0% 100%
8	¿Cree usted que el Código de Procedimiento Penal se debe reformar en lo concerniente a las investigaciones?	Si NO	1 0	0% 100%

GRAFICOS ESTADISTICOS.

ENCUESTA APLICADA AL FISCAL DE LA PROVINCIA DE LOS RÍOS.

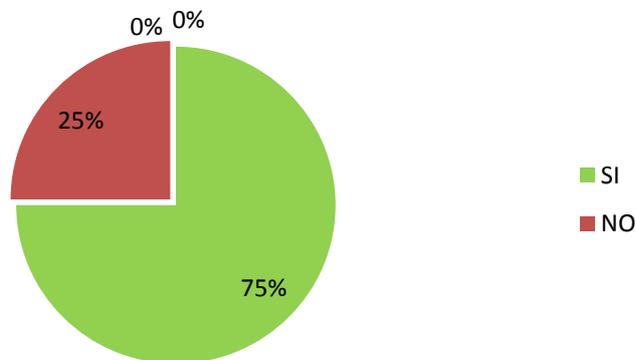
Título 1. ¿Existe controversia entre la fiscalía con el contralor en las investigaciones en el delito de peculado?

Tabla 1

Alternativas	Frecuencias	Porcentaje
Si	3	75%
No	1	25%
Total	4	100%

Fuente: información obtenida a los fiscales, 21 de febrero del 2011

GRÁFICO 1



Análisis e interpretación.

Con los datos obtenidos podemos dar cuenta que el 75 % de los Jueces encuestados manifiestan que si existe controversia entre la fiscalía con el contralor en las investigaciones en el delito de peculado, y 25 % dicen que no, esto me da la certeza de la investigación realizada en la cual me propuse obtener.

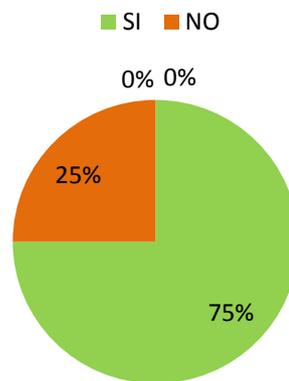
Título 2 ¿En los delitos de peculado que Ud. Investiga hay tramites opuestos con el contralor?

TABLA 2

Alternativas	Frecuencias	Porcentajes
SI	3	75%
NO	1	25%
Total	4	100%

Fuente: información obtenida a los fiscales, 21 de febrero del 2011

GRÁFICO 2



Análisis e interpretación

Los datos obtenidos nos reflejan claramente que un 75% de los Jueces encuestados manifiestan En los delitos de peculado que Ud. Investiga hay tramites opuestos con el contralor, y un 25 % nos dice que no ya que de todas maneras hay hacer documentos para su constancia.

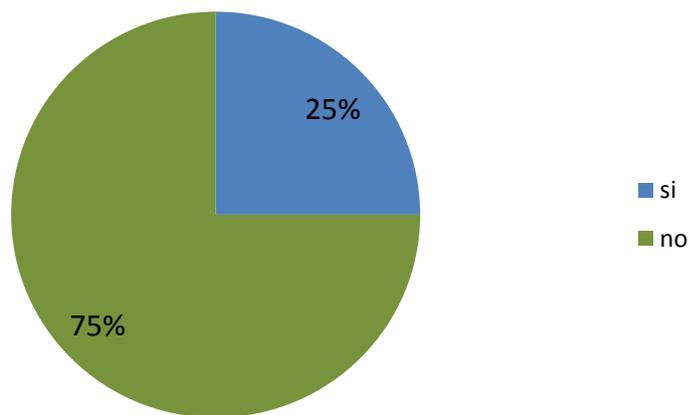
Título 3 ¿Existen caso que han concluido con sentencia condenatoria a funcionario público en el delito de peculado?

TABLA 3

Alternativas	Frecuencias	Porcentaje
Si	1	25%
No	3	75%
Total	4	100%

Fuente: información obtenida a los fiscales, 21 de febrero del 2011

GRÁFICO 3



Análisis e interpretación

De los datos que recojo se representa que el 25% de los encuestados manifiestan que si Existen caso que han concluido con sentencia condenatoria a funcionario público en el delito de peculado y el 75 % se manifiesta que no, por lo tanto este resultado es una prueba mas que los casos quedan solo en procesos.

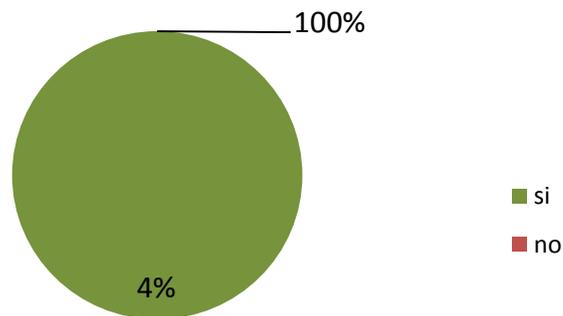
Título 4 ¿Cree Ud. Que el delito de peculado trae alarma social en la sociedad?

TABLA 4

Alternativas	Frecuencias	Porcentaje
Si	4	100%
No	0	0%
Total	4	100%

Fuente: información obtenida a los fiscales, 21 de febrero del 2011

GRÁFICO 4



Análisis e interpretación

De acuerdo a los datos obtenidos el 100% de los encuestados manifiestan que el delito de peculado trae alarma social en la sociedad, por lo en muchas ocasiones estos casos son presentados por políticos y la población se entera de tal caso denunciado.

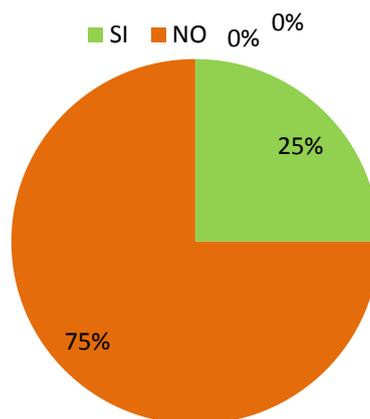
Título 5 ¿Ud. Tiene la obligación de informar a contraloría de la investigación que realiza?

TABLA 5

Alternativas	Frecuencias	Porcentajes
SI	1	25%
NO	3	75%
Total	4	100%

Fuente: información obtenida a los fiscales, 21 de febrero del 2011

GRÁFICO 5



Análisis e interpretación.

De los datos procesados se puede dar a conocer que en el 25% de los encuestados manifiestan que si tiene la obligación de informar a contraloría de la investigación que realiza y el 75 % dicen que no, lo que representa que luego que pasa al juez el proceso la investigación la realiza él.

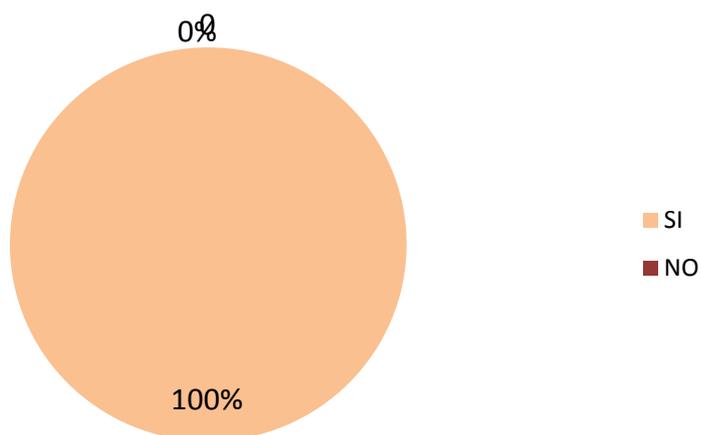
Título 6 ¿Son aceptadas las investigaciones que Ud. Realiza por contraloría?

TABLA 6

Alternativas	Frecuencias	Porcentaje
Si	4	100 %
No	0	0 %
total	4	100%

Fuente: información obtenida al fiscal, 21 de febrero del 2011

GRÁFICO 6



Análisis e interpretación

Luego de realizar la investigación nos da como resultado que el 100% que si son aceptadas las investigaciones que Ud. Realiza por contraloría, por lo tanto como podemos darnos cuenta que el juez sigue su proceso luego que el contralor y el fiscal hayan concluido sus investigaciones.

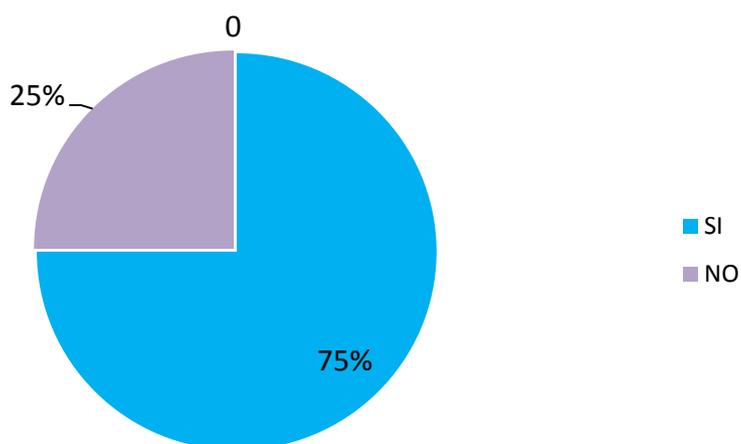
Título 7 ¿Existe fallos procedimentales en el Código de Procedimiento Penal?

TABLA 7

Alternativas	Frecuencias	Porcentaje
Si	3	75 %
No	1	25 %
total	4	100%

Fuente: información obtenida a los fiscales, 21 de febrero del 2011

GRÁFICO 7



Análisis e interpretación

Luego de realizar la investigación nos da como resultado que el 75% dice que si existe fallos procedimentales en el Código de Procedimiento Penal y el 25% dice que no, esto también me da la razón de reformar el Código de Procedimiento Penal.

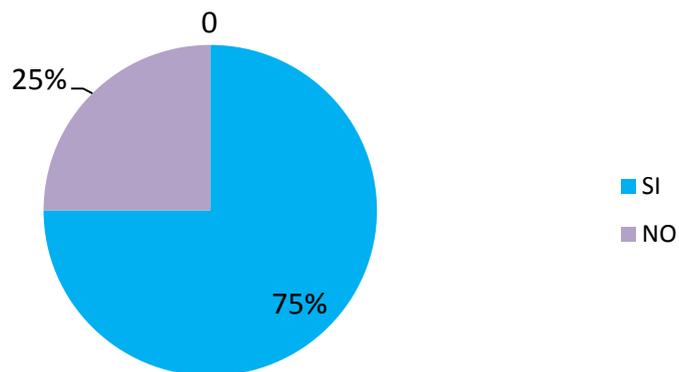
Título 8. ¿Se debería reformar el Código de Procedimiento Penal en lo referente al delito de peculado?

TABLA 8

Alternativas	Frecuencias	Porcentaje
Si	3	75 %
No	1	25 %
total	4	100%

Fuente: información obtenida a los fiscales, 21 de febrero del 2011

GRÁFICO 8



Análisis e interpretación

Luego de realizar la investigación dio como resultado que el 75 % manifiesta que si se debería reformar el Código de Procedimiento Penal en lo referente al delito de peculado 25 % dice que no, por lo que se ve existe una mayoría para dicha pregunta planteada.

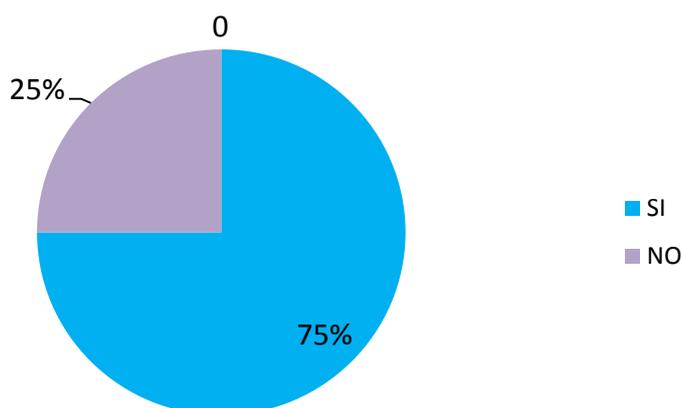
Título 9. ¿Cree usted que las denuncias de peculado tienen el efecto contradictorio con la contraloría?

TABLA 9

Alternativas	Frecuencias	Porcentaje
Si	3	75 %
No	1	25 %
total	4	100%

Fuente: información obtenida a los fiscales, 21 de febrero del 2011

GRÁFICO 9



Análisis e interpretación

De la investigación realizada se manifiesta que el 75% cree que las denuncias de peculado tienen el efecto contradictorio con la contraloría 25 % dice que no, esto nos demuestra que categóricamente que existe dicho vacío legal.

ENCUESTA REALIZADA A LOS JUECES DE GARANTÍAS PENALES DE BABAHOYO

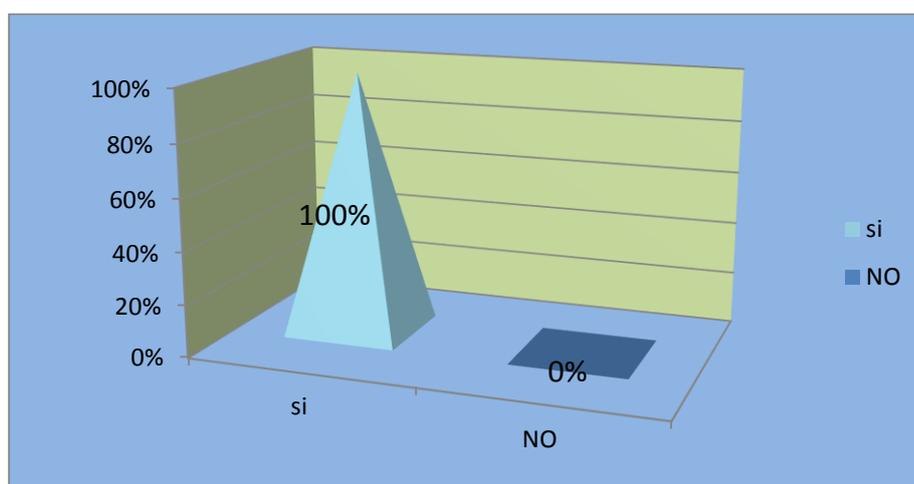
Título 1 ¿El delito de peculado se ha incrementado en los últimos años?

TABLA 1

Alternativas	Frecuencias	Porcentaje
Si	3	100%
No	0	0%
Total	3	100%

Fuente: Información obtenida a jueces de lo penal el 23 de febrero del 2011

GRÁFICO 1



Análisis e interpretación

Luego de los datos procesados vemos que el 100 % manifiesta que si se ha incrementado el delito de peculado en los últimos años, lo que da a entender que la corrupción se presenta en las entidades públicas.

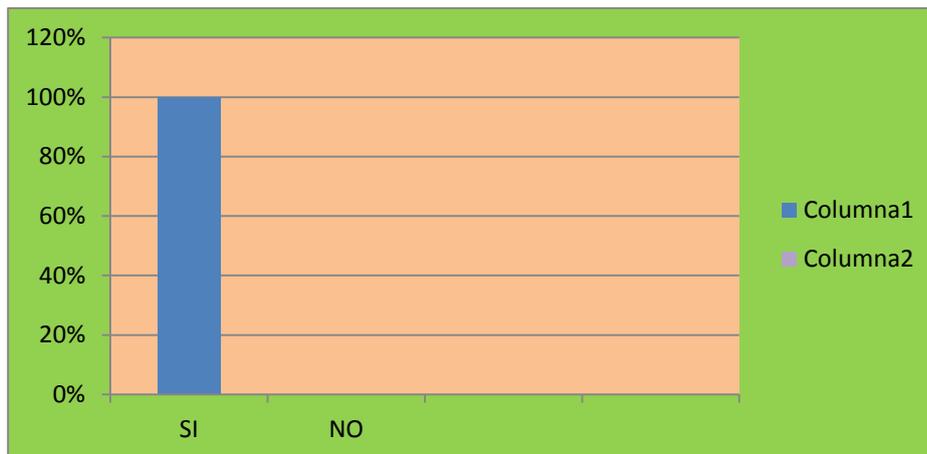
Título 2 ¿Existe controversia entre la fiscalía y la contraloría en casos de investigación de peculado?

TABLA 2

Alternativas	Frecuencias	Porcentaje
Si	3	100%
No	0	0%
Total	3	100%

Fuente: información obtenida a jueces de lo Penal el 23 de febrero del 2011

GRÁFICO 2



Análisis e interpretación.

Luego de haber realizado la observación se detalla que el 100 % de los encuestados manifiestan que si existe controversia entre la fiscalía y la contraloría en casos de investigación de peculado, lo que demuestra una respuesta que verifica la hipótesis planteada.

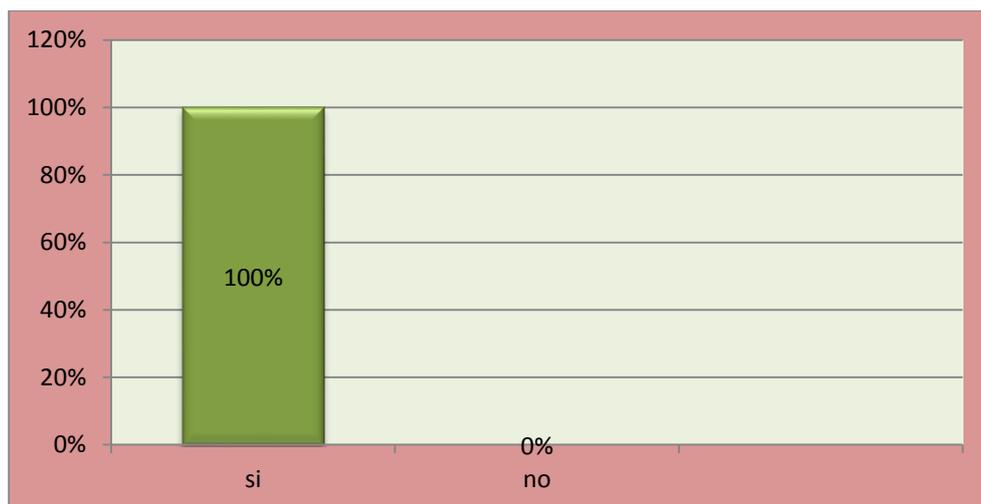
Título 3 ¿Tiene vacíos legales el Código de Procedimiento Penal?

TABLA 3

Alternativas	Frecuencias	Porcentaje
Si	3	100%
No	0	0%
Total	3	100%

Fuente: información obtenida a jueces de lo penal el 23 de febrero del 2011

GRÁFICO 3



Análisis e interpretación

De los datos procesados se determina que el 100 % de los encuestados plantean que si tiene vacíos legales el Código de Procedimiento Penal, esto nos confirma a igual que las demás autoridades el planteamiento de la reforma al C.P.P.

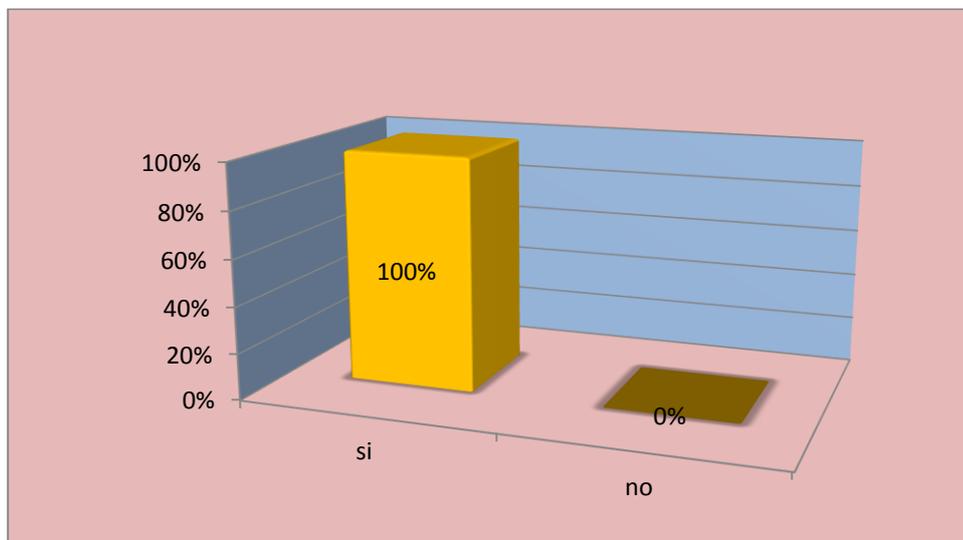
Título 4 ¿Se ha sentenciado algún funcionario público en los últimos años del G.A.D. del Municipio por peculado?

TABLA 4

Alternativas	Frecuencias	Porcentaje
Si	1	25%
No	2	75%
Total	3	100%

Fuente: información obtenida a jueces de lo penal el 23 de febrero del 2011

GRÁFICO 4



Análisis e interpretación

Como podemos ver los resultados obtenidos que si el 25 % se ha sentenciado algún funcionario público en los últimos años del G.A.D. del Municipio por peculado y el 75 % nos dicen que no, lo que se deduce que existe mayoría en casos que quedan solo en denuncias.

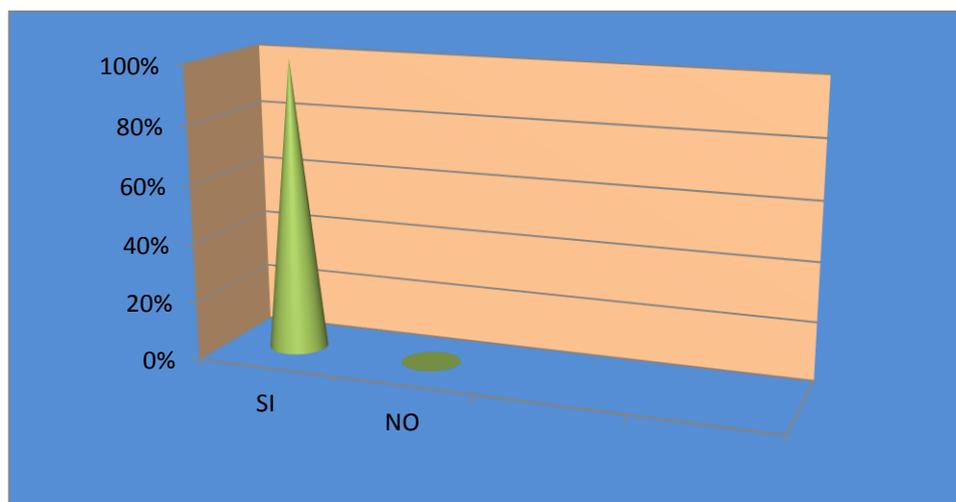
Título 5 ¿Se debe de llevar la investigación de los casos de peculado por separado la fiscalía y Contraloría?

TABLA 5

Alternativas	Frecuencias	Porcentaje
Si	3	100%
No	0	0%
Total	3	100%

Fuente: : información obtenida ajueces de lo penal, 23 de febrero del 2011

GRÁFICO 5



Análisis e interpretación

De los datos obtenidos se puede apreciar que el 100% plantea que si se debe de llevar la investigación de los casos de peculado por separado la fiscalía y Contraloría, por lo tanto esto me da razón de que existe la controversia entre las dos instituciones por no especificar la dirección correcta de la investigación.

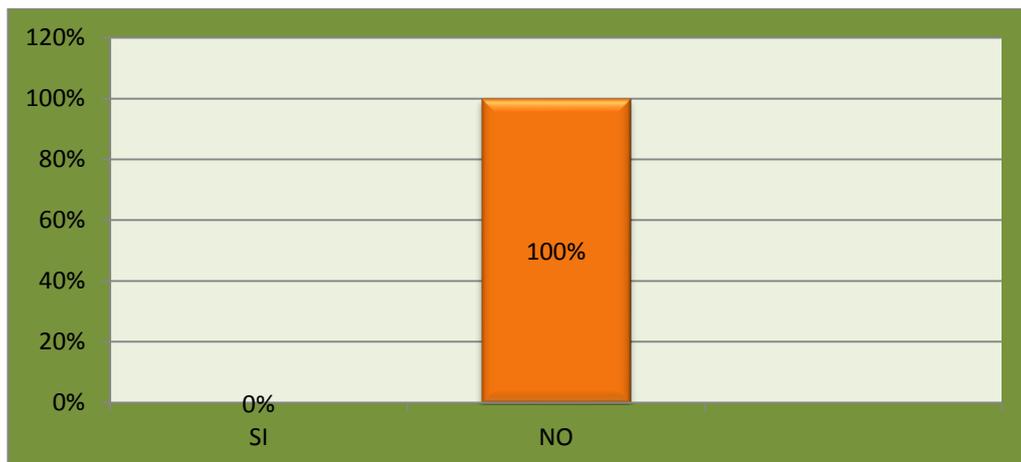
Título 6 ¿Los procedimientos penales en peculado se ajustan al clamor ciudadano?

TABLA 6

Alternativas	Frecuencia	Porcentaje
SI	0	0%
NO	3	100%
Total	3	100%

Fuente: información obtenida a jueces de lo penal, 23 de febrero del 2011

GRÁFICO 6



Análisis e interpretación

Como podemos apreciar en el gráfico que nos demuestra que el 100 % dice que no se ajustan los procedimientos penales en peculado al clamor ciudadano, por lo tanto muchos casos han quedado solo en alarma social.

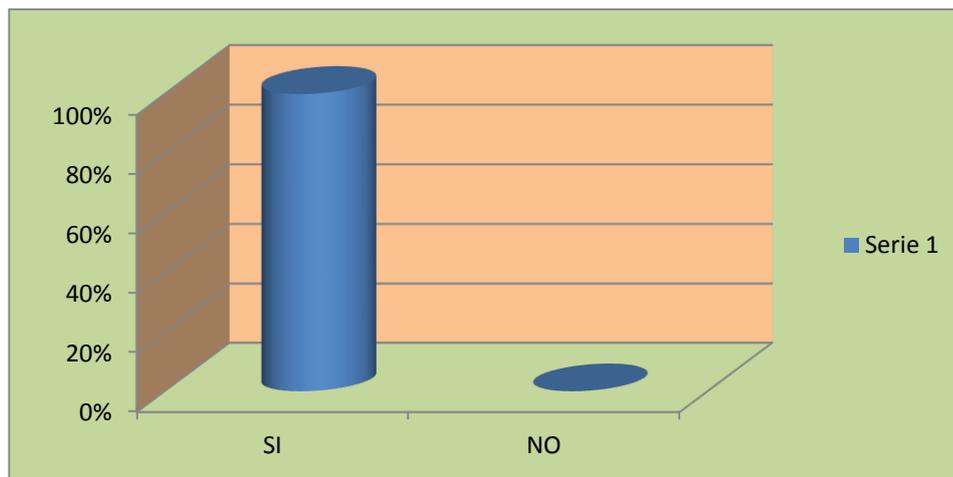
Título 7 ¿Se debe de reformar el Código de Procedimiento Penal?

TABLA 7

Alternativas	Frecuencias	Porcentaje
SI	3	100%
NO	0	0%
Total	3	100%

Fuente: información obtenida a jueces de lo penal, 23 febrero del 2011

GRÁFICO 7



Análisis e interpretación

Tal como demuestran los resultados obtenidos el 100% manifiesta que si se debe reformar el Código de Procedimiento Penal, lo cual servirá para que no exista dicha controversia en estas instituciones del Estado.

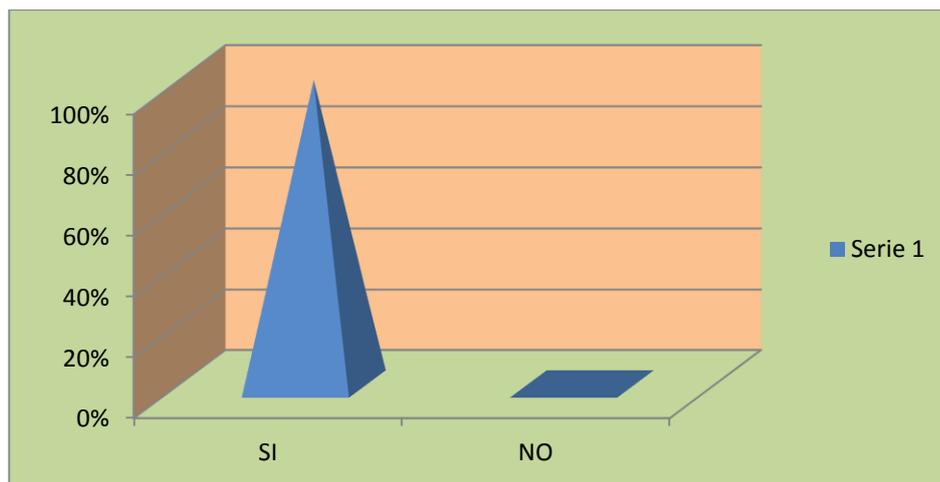
Título 8 ¿Se debe regular la investigación tanto la fiscalía y la contraloría?

TABLA 8

Alternativas	Frecuencias	Porcentaje
SI	3	100%
No	0	0%
Total	3	100%

Fuente: información obtenida a jueces de lo penal, 23 de febrero del 2011

GRÁFICO 8



Análisis e interpretación.

Se puede observar como demuestran los resultados obtenidos, en el 100% manifiesta que si se debe regular la investigación tanto la fiscalía y la contraloría, por lo tanto dejaría de existir dicho vacío judicial.

FORMATO DE ENCUESTA PARA CONTRALOR DE LA CIUDAD DE BABAHOYO

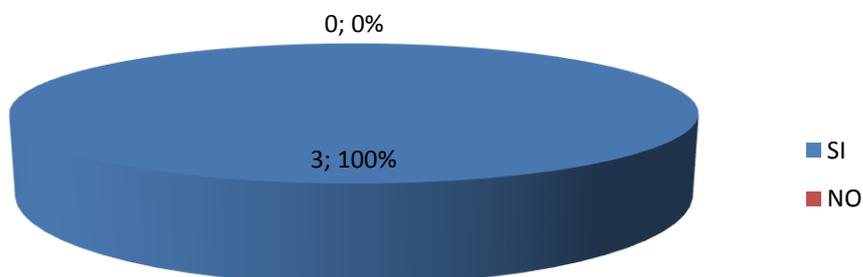
Título 1 ¿La Contraloría es una entidad autónoma?

TABLA

Alternativas	Frecuencias	Porcentaje
SI	1	100%
No	0	0%
Total	1	100%

Fuente: información obtenida al Contralor, 25 de febrero del 2011

GRÁFICO 1



Análisis e interpretación.

De los resultados obtenidos vemos que nos manifiestan que la Contraloría es una entidad autónoma, por lo tanto podemos deducir que las investigaciones las realiza por autoridad propia tal como reza las leyes de contraloría.

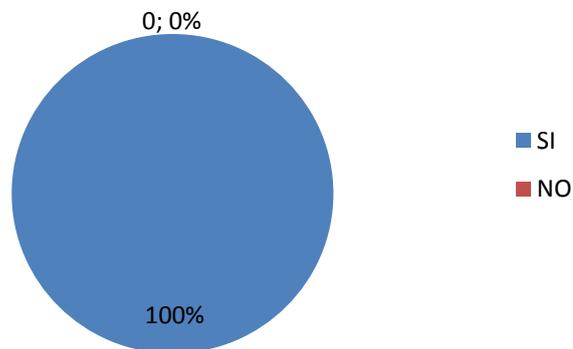
Título 2 ¿En el delito de peculado Ud. Realiza la investigación separado de la fiscalía?

TABLA 2

Alternativas	Frecuencias	Porcentaje
SI	1	100%
No	0	0%
Total	1	100%

Fuente: información obtenida al Contralor, 25 de febrero del 2011

GRÁFICO 2



Análisis e interpretación.

De la respuesta obtenida al contralor nos plantea que si realiza las investigaciones en los delitos de peculado por separado de la fiscalía.

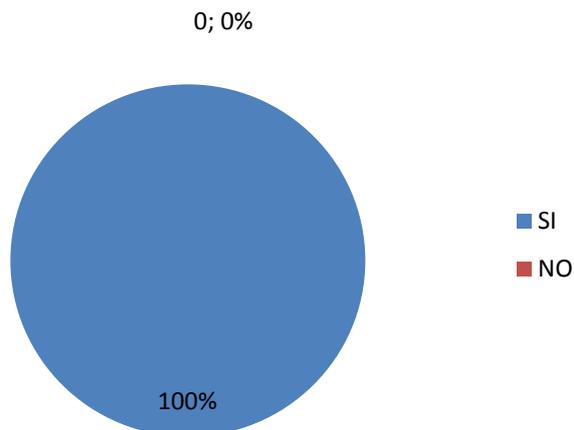
Título 3. ¿Las pruebas que usted presenta en el delito de peculado se las considera el fiscal?

TABLA 3

Alternativas	Frecuencias	Porcentaje
SI	0	0%
No	1	100%
Total	1	100%

Fuente: información obtenida al Contralor, 25 de febrero del 2011

GRÁFICO 3



Análisis e interpretación.

Podemos apreciar sobre la pregunta planteada que manifiesta que si son consideradas las pruebas por el fiscal cuando las presenta en el delito de peculado, lo que demuestra que las considera para concretar la investigación, pero asumiendo la competencia cada uno.

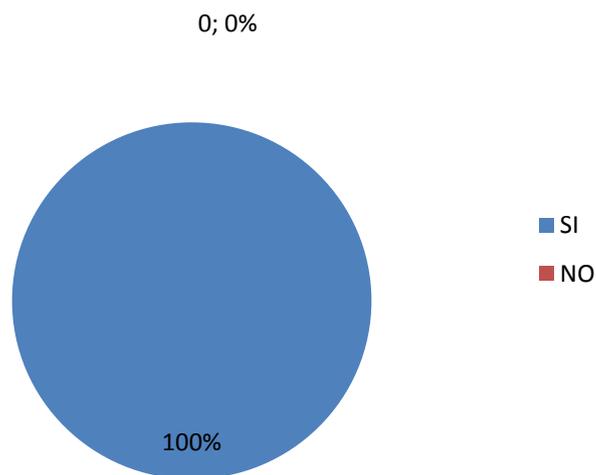
Título 4. ¿La ley le faculta para realizar la investigación por separado de la fiscalía?

TABLA 4

Alternativas	Frecuencias	Porcentaje
SI	1	100%
No	0	0%
Total	1	100%

Fuente: información obtenida al Contralor, 25 de febrero del 2011

GRÁFICO 4



Análisis e interpretación.

.Podemos apreciar de l resultado obtenido donde manifiesta que si le faculta la ley para realizar la investigación por separado de la fiscalía, esto nos fundamenta la veracidad de la controversia entre estas dos instituciones públicas.

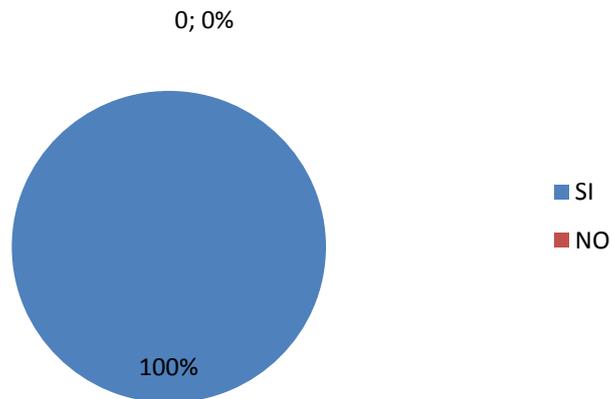
Título 5. ¿Cree usted que se puede investigar por separado un delito de peculado?

TABLA 5

Alternativas	Frecuencias	Porcentaje
SI	0	0%
No	1	100%
Total	1	100%

Fuente: información obtenida al Contralor, 25 de febrero del 2011

GRÁFICO 5



Análisis e interpretación.

Se manifiesta en la pregunta que no se puede investigar por separado un delito de peculado, lo que se ajusta él a un mandato de la ley donde puede realizar por separado su investigación.

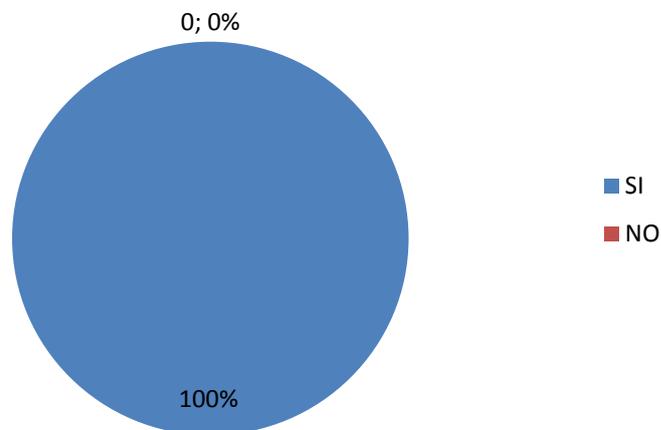
Título 6. ¿Tiene la potestad el fiscal de realizar la investigación presentando solo sus fundamentos?

TABLA 6

Alternativas	Frecuencias	Porcentaje
SI	0	0%
No	1	100%
Total	1	100%

Fuente: información obtenida al Contralor, 25 de febrero del 2011

GRÁFICO 6



Análisis e interpretación.

Como podemos apreciar de la respuesta obtenida donde dice que si tiene la potestad el fiscal de realizar la investigación presentando solo sus fundamentos, lo que también se apega a el derecho que le asiste como fiscal de investigar toda denuncia presentada.

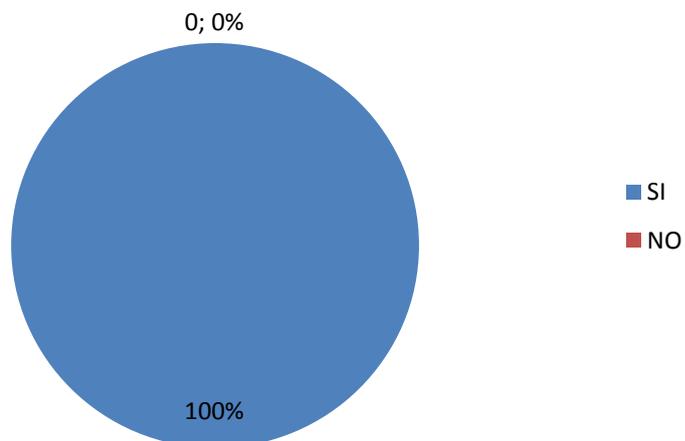
Título 7. ¿Ha tenido dificultades al presentar sus pruebas al fiscal?

TABLA 7

Alternativas	Frecuencias	Porcentaje
SI	1	100%
No	0	0%
Total	1	100%

Fuente: información obtenida al Contralor, 25 de febrero del 2011

GRÁFICO 7



Análisis e interpretación.

Tenemos en este gráfico de la respuesta dada por el contralor que si ha tenido dificultades al presentar sus pruebas al fiscal, por lo que se demuestra que cada una de las entidades por quienes están representadas realiza sus tareas encomendadas.

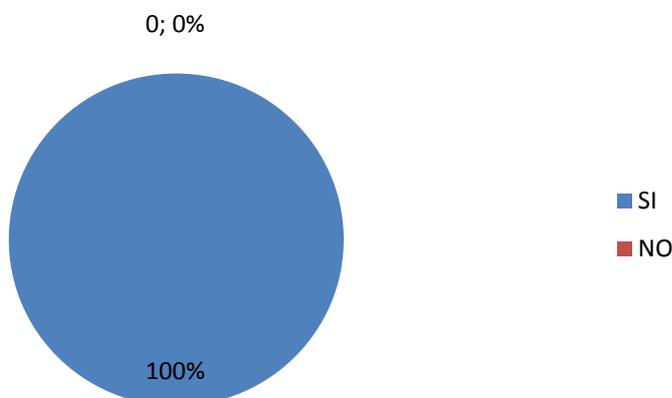
Título 8. ¿Cree usted que el Código de Procedimiento Penal se debe reformar en lo concerniente a las investigaciones?

TABLA 8

Alternativas	Frecuencias	Porcentaje
SI	1	100%
No	0	0%
Total	1	100%

Fuente: información obtenida al Contralor, 25 de febrero del 2011

GRÁFICO 8



Análisis e interpretación.

Como se puede evidenciar de los resultados obtenidos, en el 100 % de los encuestados manifiestan que el Código de Procedimiento Penal se debe reformar en lo concerniente a las investigaciones, esto es lo que debe realizar para que en coordinación con el fiscal se lleve las investigaciones.

3.7 COMPROBACIÓN Y DISCUSIÓN DE HIPÓTESIS.

Luego de haber realizado la investigación tanto al fiscal, jueces de lo penal y contralor se ha podido comprobar que las hipótesis planteadas se ha comprobado que existe controversia entre la fiscalía con el contralor en las investigaciones en el delito de peculado.

Existen vacíos legales dentro del Código de Procedimiento Penal, del cual se genera la independencia tanto de la fiscalía como la contraloría en concernientes a las investigaciones que realizan.

Las diligencias que se realiza en las indagaciones previas generan la caducidad en las denuncias que son presentadas por las personas que se sienten afectadas.

Muchas denuncias son infundadas por presiones políticas, las cuales quedan en completo abandono y con la consigna de que se archiven las causas.

3.8 CONCLUSIONES.

1. Luego de haber realizado la investigación se pudo encuestar a cuatro fiscales en Babahoyo, los cuales respondieron a nueve preguntas cada uno, las mismas que fueron previamente elaboradas.
2. De igual manera se pudo encuestar a tres jueces de garantías penales, los cuales pudieron responder a ocho preguntas que fueron elaboradas previa consulta, es de acotar la pre disposición que tuvieron para dicho.

3. Se pudo de igual manera encuestar al Contralor quien es parte fundamental de esta problemática que se suscita, se le pudo formular ocho preguntas que fueron con anterioridad descritas.
4. Existen muchos caso que solo quedan en denuncias de delito de peculado y no se realiza el seguimiento por quienes han con presentado la misma, lo que genera la impunidad en algunos caso.
5. Muchas veces el contralor realiza las investigaciones a su cuenta como lo establece las atribuciones que tiene pero se encuentra con vacio, donde el fiscal también procede a lo mismo, lo erróneo que las pruebas que consigue tanto el funcionario de contraloría como de la fiscalía.
6. Existe un vacío legal donde se manifieste la obligatoriedad de que las investigaciones que realiza tanto el fiscal como el contralor se las lleve en conjunto para que no exista la contrariedad de quien tiene la razón.
7. No existe funcionario público que haya tenido sentencia ejecutoriada por el delito de peculado, lo que se predomina la caducidad por las controversias que se registran en los procesos.
8. Muchos de los delitos de peculado se los trata para que la ciudadanía los conozca, los cuales conmociona a la población de tal o cual corrupción.

3.9 RECOMENDACIONES.

Dentro de esta investigación se puede presentar las siguientes recomendaciones:

1. En los delitos de peculado tanto el fiscal como el contralor deben llevar las investigaciones en concordancia para que surta el efecto legal que la población requiere.
2. Los fiscales le deben dar la celeridad a los casos de los delitos de peculado para que la ciudadanía tenga un precepto de la agilidad que se llevan las denuncias.
3. Los jueces califiquen las denuncias que son infundadas como maliciaos y temerarias, para que no se siga recibiendo las denuncias y queden abandonadas.
4. Que se reforme el Código de Procedimiento Penal para que no exista la controversia entre estas dos instituciones del Estado que se encarga de investigar por separado.
5. El contralor debe de recibir los alegatos que presenta el fiscal para que se lleve la investigación en concordancia.

CAPITULO IV.

4. RECURSOS Y PRESUPUESTO.

4.1. RECURSOS.

4.1.1. Recursos Bibliográficos:

- ✓ Código Penal Ecuatoriano.
- ✓ Código de Procedimiento Penal.
- ✓ Ley orgánica del Servidor Público.
- ✓ Constitución de la República del Ecuador.
- ✓ Ley de Contraloría General del Estado.

4.1.2. Recursos Humanos:

- ✓ Ab. Henry Jaramillo L.
- ✓ Ab. Antonio Velazco Camacho.
- ✓ Ab. Carlos Cárdenas Martínez.

4.1.3. Recursos técnicos:

- ✓ Computadoras.
- ✓ Internet.
- ✓ Impresora.
- ✓ Pen Drive.
- ✓ Video Grabadora.

4.1.4. Recursos Materiales:

- ✓ Hojas.
- ✓ Tinta.
- ✓ Resaltador.
- ✓ Plumas.
- ✓ Carpetas.
- ✓ Lápices.
- ✓ Borrador.
- ✓ Marcadores.

4.2. PRESUPUESTO.

ITEMS	VALORES
Libros	120
Xerocopia	24
Plumas	6
Cartuchos	30
Hojas	8
Personal Humano:	
Facilitadores	350
Imprevistos	80
Total	<u>618</u>

Son seiscientos dieciocho dólares que serán financiados bajo la responsabilidad del investigador.

CAPITULO V.

5 .PROPUESTA ALTERNATIVA.

5.1. TÍTULO.

REFORMA AL NUMERAL 2 DEL ARTÍCULO 212, DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, SOBRE LAS FUNCIONES DE LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO.

5.2. PRESENTACIÓN.

Se ha podido evidenciar que la potestad jurisdiccional que es la capacidad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, resolviendo los litigios y conflictos de intereses entre particulares y poderes públicos; y lo que es la jurisdicción constitucional, que se encuentra consagrada en la propia Constitución.

Todo esto queda a plenitud estipulado la garantía de que tienen en la consecución de los proceso tanto la fiscalía y la contraloría, por lo que se conoce que son entidades autónomas que cada una tiene la potestad de investigar de acuerdo a las atribuciones que las tienen.

Por ello han existido estas contradicciones en las investigaciones que han dado como resultado de algunos casos que se queden archivados, ya que cada uno de los representantes de las instituciones públicas, se ha podido ver cuando el fiscal presenta sus alegatos muchos no son

considerados por contralor y viceversa, cuando el caso pasa al juez comienza la deliberación entre las investigaciones realizadas, a pesar que muchos de estos casos señalan que primero debe pasar por un acto administrativo, pero en la realidad es la desviación del recurso económico desviado a otro del que fue previsto.

Estos a pesar de todo traen alarma ante la ciudadanía, ya que muchos lo hacen por hacer contienda política y otros por represalias pero en si muchos han quedado en simple denuncias y archivadas.

5.3. JUSTIFICACIÓN.

Vemos que dentro de la Constitución de la República del Ecuador se describe sobre la Contraloría General del Estado en el Art. 212.- donde se describe que la Contraloría General del Estado es un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos.

Dentro de esta propuesta se establece según el **Art. 212.-** de la constitución política del estado, que trata sobre las funciones de la Contraloría General del Estado, además de las que determine la ley:

1. Dirigir el sistema de control administrativo que se compone de auditoría interna, auditoría externa y del control interno de las

entidades del sector público y de las entidades privadas que dispongan de recursos públicos.

2. Determinar 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.

5.4 OBJETIVO.

5.4.1 OBJETIVO GENERAL.

Reforma al artículo 212 sobre las funciones de la Contraloría General del Estado para evitar las controversias con la fiscalía.

5.4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.

- Evitar que muchos casos de peculado se archiven por los procedimientos unilaterales de los organismos públicos.

- Mantener la confianza en la ciudadanía para que siga denunciando y con ello evitar que el delito de peculado siga impune.

- Concientizar a los funcionarios públicos para que se reduzca el delito por la relación de la investigación en conjunto con las dos instituciones.

5.5 CONTENIDOS.

Reforma que propongo:

Refórmese el Art. 212 Constitución. [Funciones de la Contraloría General del Estado].- Serán funciones de la Contraloría General del Estado, además de las que determine la ley:

2. Determinar 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.

Agregando a continuación lo siguiente:

Las denuncias sobre peculado serán receptadas directamente por la contraloría la cual realizara la Indagación Previa, para que luego de su pronunciamiento y resolución, la Fiscalía pueda ejercer su Acción Penal.

FUNCIONES DE LA FISCALIA GENERAL.

El Fiscal, es sujeto activo e interviene como representante de la sociedad, en los procesos penales que tienen por objeto delitos de

acción penal pública, porque es la sociedad en estos casos, la afectada por la comisión de estos delitos y la interesada en el mantenimiento y respeto del orden jurídico.

Dos son las funciones principales dentro de este campo:

- 1.- Es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos de acción pública; y,
- 2.- Es sujeto principal de la pretensión punitiva.

El Agente Fiscal de cada Unidad dentro del nuevo Programa de Gestión implementado por el Fiscal General del Estado, debe estimular al titular del órgano judicial correspondiente, mediante el ejercicio de la acción penal, para que inicie el proceso y una vez instaurado, exhiba la pretensión punitiva, solicite las pruebas respectivas al juez, agilite el proceso, presente recursos, etc.

De este modo el Fiscal es parte principal en un juicio penal por acción pública, porque de esta manera se encuentra exhibiendo una pretensión punitiva frente al procesado, a nombre de la sociedad agraviada con la alteración del orden jurídico, a fin de que sea estimada por el titular del órgano judicial, y de este modo lograr la sanción penal correspondiente, a fin de que los delitos de acción penal pública no queden en la impunidad, y de este modo lograr la paz social que es el principal objetivo en la nueva administración de justicia en el país.

Descripción que debe de decir:

En la presente reforma debe de decir: Art. 212.- Serán funciones de la Contraloría General del Estado, además de las que determine la ley:

Determinar 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 propias de la Fiscalía General del Estado y que en los delitos de peculado se realicen en coordinación.

5.6 DESCRIPCIÓN DE LOS ASPECTOS OPERATIVOS RELACIONADOS CON EL CONTENIDO DE LA PROPUESTA.

Está directamente relacionada al cambio estructural de las etapas de la investigación tanto el fiscal como el contralor, por ello se tomara en relación en Código de Procedimiento Penal y con mayor énfasis las funciones que tiene el Contralor.

La presente propuesta ha sido elaborada con el propósito de contribuir con la sociedad, para mejorar la aplicación de las atribuciones de la contraloría, y la fiscalía, la Universidad Técnica de Babahoyo será la entidad encargada de dar a conocer el proyecto a la sociedad para hacer realidad la propuesta de esta investigación.

Sería acertado que la actual propuesta sea tomada en cuenta en un futuro por la Asamblea Nacional, que es la encargada de modificar, reformar o mejorar las Normas Constitucionales para el bien común, para lo cual se deberá tramitar la presentación del Proyecto de ley al

Asesores	500
Imprevistos	100
	778

Son setecientos setenta y ocho dólares que son financiados de mi propio peculio.

5.8 CRONOGRAMA DE EJECUCIÓN DE LA PROPUESTA.

No	Meses Actividades	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO
1	Reunión para coordinar acciones	----			
2	Reuniones con asambleísta	----			
3	Viaje a la ciudad de Quito		---		
4	Recopilación de firmas			-----	
5	Presentación a la asamblea el proy.			----	
6	Análisis de los resultados				-----

BIBLIOGRAFÍA.

- Carlos Creus, Derecho Penal Parte Especial, Tomo II, Editorial Astrea. Buenos Aires 1998, p. 248.

- Edgardo Dona, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo III, Rubinzal-Culzone Editores, Buenos Aires, año 2000, p. 259.

- Vittorio Manes, Universidad de Trento, en BIEN JURÍDICO Y REFORMA DE LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, en RECPC 02-01 (2000).

- Carlos Creus op.cit
- Luis Cueva Carrión, Peculado, Tomos I, Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2007.

- Luis Cueva Carrión óp. cit, pág. 81.

- Cueva Carrión, Peculado, Tomos I, Ediciones Cueva Carrión, Quito, 2007, p. 81.

- Art. 233 Constitución de la República del Ecuador.

- Art. 195 de la Constitución de la República del Ecuador.

ANEXOS

Anexo 1.
MATRIZ COMPARATIVA.
PROBLEMA – OBJETIVO – HIPOTESIS.

PROBLEMA GENERAL	OBJETIVO GENERAL	HIPÓTESIS GENERAL
<p>¿De qué manera inciden los factores políticos, jurídicos y sociales sobre la Administración de la justicia, que provoca una controversia con la contraloría en los casos de peculados observados en la ciudad de Babahoyo desde el 2008 al año 2010?</p>	<p>Analizar de qué manera incide los factores políticos, jurídicos y sociales sobre la Administración de la justicia, para eliminar la controversia con la contraloría en los casos de peculados observados en la ciudad de Babahoyo.</p>	<p>Los factores políticos, jurídicos y sociales sobre la Administración de la justicia, no eliminan la controversia con la contraloría en los casos de peculados observados en la ciudad de Babahoyo.</p>
<p>PROBLEMA ESPECÍFICOS</p> <p>1.-¿Cómo influye la falta de legislación sobre la acción del debido proceso, que induce a la contraloría y a los fiscales a trabajar independientemente en forma controvertida en los casos de peculado observados en la ciudad de Babahoyo desde el año 2008 al 2010?</p> <p>2.- ¿De qué forma influye la celeridad sobre el debido proceso en la indagación previa, que provoca la caducidad del caso en beligerancia y controversia con la contraloría en los peculados observados en la ciudad de Babahoyo desde el 2008 al año 2010?</p> <p>3.- ¿Cómo inciden las denuncias infundadas contra el administrador público sobre la Administración de la justicia, que provoca la vulneración de los derechos del acusado en los casos de peculados observados en la ciudad de Babahoyo desde el 2008 al año 2010?</p>	<p>OBJETIVO ESPECÍFICOS</p> <p>1.- Estudiar Cómo influye la falta de legislación sobre la acción del debido proceso, para que no se induzca a la contraloría y a los fiscales a trabajar independientemente en forma controvertida en los casos de peculado observados en la ciudad de Babahoyo.</p> <p>2.- Comprender de qué forma influye la celeridad sobre el debido proceso en la indagación previa, para que no provoque la caducidad del caso en beligerancia y controversia con la contraloría en los peculados observados en la ciudad de Babahoyo.</p> <p>3.- Analizar cómo inciden las denuncias infundadas contra el administrador público sobre la Administración de la justicia, para que no vulnere los derechos del acusado en los casos de peculados observados en la ciudad de Babahoyo.</p>	<p>HIPÓTESIS ESPECÍFICOS</p> <p>1.La falta de legislación sobre la acción del debido proceso, si induce a la contraloría y a los fiscales a trabajar independientemente en forma controvertida en los casos de peculado observados en la ciudad de Babahoyo.</p> <p>2.- La celeridad sobre el debido proceso en la indagación previa, provoca la caducidad del caso en beligerancia y controversia con la contraloría en los peculados observados en la ciudad de Babahoyo.</p> <p>3.- Las denuncias infundadas contra el administrador público sobre la Administración de la justicia, si vulneran los derechos del acusado en los casos de peculados observados en la ciudad de Babahoyo.</p>

Anexo 2.

CUESTIONARIO DE LA ENCUESTA:

UNIVERSIDAD TÉCNICA DE BABAHOYO FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS, SOCIALES Y DE LA EDUCACIÓN.

FORMATO DE ENCUESTA PARA FISCALES DE LA CIUDAD DE BABAHOYO

1. ¿Existe controversia entre la fiscalía con el contralor en las investigaciones en el delito de peculado?
2. ¿En los delitos de peculado que Ud. Investiga hay tramite opuestos con el contralor?
3. ¿Existen caso que han concluido con sentencia condenatoria a funcionario público en el delito de peculado?
4. ¿Cree Ud. Que el delito de peculado trae alarma social en la sociedad?
5. ¿Ud. Tiene la obligación de informar a contraloría de la investigación que realiza?
6. ¿Son aceptadas las investigaciones que Ud. Realiza por contraloría?
7. ¿Existe fallos procedimentales en el Código de Procedimiento Penal?
8. ¿Se debería reformar el Código de Procedimiento Penal en lo referente al delito de peculado?
9. ¿Cree usted que las denuncias de peculado tienen el efecto contradictorio con la contraloría?

CUESTIONARIO DE LA ENCUESTA:

UNIVERSIDAD TÉCNICA DE BABAHOYO FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS, SOCIALES Y DE LA EDUCACIÓN.

FORMATO DE ENCUESTA PARA JUECES DE LO PENAL DE LA CIUDAD DE BABAHOYO

1. ¿El delito de peculado se ha incrementado en los últimos años?
2. ¿Existe controversia entre la fiscalía y la contraloría en casos de investigación de peculado?
3. ¿Tiene vacios legales el Código de Procedimiento Penal?
4. ¿Se ha sentenciado algún funcionario público en los últimos años del G.A.D. del Municipio por peculado?
5. ¿Se debe de llevar la investigación de los casos de peculado por separado la fiscalía y Contraloría?
6. ¿Los procedimientos penales de peculado se ajustan al clamor ciudadano?
7. ¿Se debe de reformar el Código de Procedimiento Penal?
8. ¿Se debe regular la investigación tanto la fiscalía y la contraloría?

CUESTIONARIO DE LA ENCUESTA:

**UNIVERSIDAD TÉCNICA DE BABAHOYO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS, SOCIALES Y DE LA
EDUCACIÓN.**

**FORMATO DE ENCUESTA PARA CONTRALOR DE LA CIUDAD DE
BABAHOYO**

1. ¿La Contraloría es una entidad autónoma?
2. ¿En el delito de peculado Ud. Realiza la investigación separado de la fiscalía?
3. ¿Las pruebas que usted presenta en el delito de peculado se las considera el fiscal?
4. ¿La ley le faculta para realizar la investigación por separado de la fiscalía?
5. ¿Cree usted que se puede investigar por separado un delito de peculado?
6. ¿Tiene la potestad el fiscal de realizar la investigación presentando solo sus fundamentos?
7. ¿Ha tenido dificultades al presentar sus pruebas al fiscal?
8. ¿Cree usted que el Código de Procedimiento Penal se debe reformar en lo concerniente a las investigaciones?

ANEXO Nº 3.

Anexo. CRONOGRAMA DE DESARROLLO DE LA DE LA TESIS

TEMPORALIDAD ACTIVIDADES	2010								2011							
	NOVIEMBRE				DICIEMBRE				ENERO				FEBRERO			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
Análisis y presentación del tema	X															
Campo contextual problemático		X														
Situación actual del objeto de investigación.			X													
Formulación del problema. Problema general Problemas derivados Delimitación de la investigación.				X	X											
Justificación objetivos General y específico						X										
Marco teórico Bases Epistemológicas.							X									
Críticas asumidas del Marco conceptual.							X									
Análisis teórico conceptual								X								
Planteamiento de hipótesis General y específica									X							
Operacionalización de las variables de las hipótesis										X						
Metodología											X					
Presentación al CEPEC para sustentación												X	X			
Sustentación de Tesis														X		