



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO
FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS
CARRERA DE DERECHO

TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA

TÍTULO

“EL PECULADO EN CONTRATACIÓN PÚBLICA DURANTE EL ESTADO DE
EMERGENCIA Y LAS CONSECUENCIAS JURÍDICO-PENALES RECAÍDAS EN
SERVIDORES PÚBLICOS DE CHIMBORAZO”

AUTOR:

EDUARDO XAVIER LÓPEZ YEROVI

TUTOR:

DR. FRANKLIN OLMEDO OCAÑA VALLEJO

AÑO

2020

HOJA DE REVISIÓN DEL TRIBUNAL



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO
FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS
CARRERA DE DERECHO

TÍTULO

“EL PECULADO EN CONTRATACIÓN PÚBLICA DURANTE EL ESTADO DE EMERGENCIA Y LAS CONSECUENCIAS JURÍDICO-PENALES RECAÍDAS EN SERVIDORES PÚBLICOS DE CHIMBORAZO”

Proyecto de investigación previo a la obtención del título de abogado de los tribunales y juzgados de la república del Ecuador, aprobado por el tribunal en nombre de la Universidad Nacional de Chimborazo y ratificado con sus firmas

MIEMBROS DEL TRIBUNAL

TUTOR

9.5

Dr. Franklin Ocaña Vallejo

CALIFICACIÓN

FIRMA

MIEMBRO 1

9.5

Dr. Wilson Rojas Buenaño

CALIFICACIÓN



Firmado electrónicamente por:
**WILSON LEONARDO
ROJAS BUENANO**

FIRMA

MIEMBRO 2

10

Dr. Bécquer Carvajal Flor

CALIFICACIÓN

FIRMA

NOTA FINAL: 9.66

DECLARATORIA DE TUTORÍA

Dr. FRANKLIN OLMEDO OCAÑA VALLEJO CATEDRÁTICO DEL NIVEL DE PRE-GRADO DE LA CARRERA DE DERECHO, DE LA FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS, DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO

CERTIFICO

Haber asesorado y revisado minuciosamente durante todo su desarrollo, el proyecto de investigación previo a la obtención del título de abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, titulado: **“EL PECULADO EN CONTRATACIÓN PÚBLICA DURANTE EL ESTADO DE EMERGENCIA Y LAS CONSECUENCIAS JURÍDICO-PENALES RECAÍDAS EN SERVIDORES PÚBLICOS DE CHIMBORAZO”** realizado por el señor EDUARDO XAVIER LÓPEZ YEROVI, por lo tanto, autorizo ejecutar los trámites legales para su presentación.



Dr. FRANKLIN OLMEDO OCAÑA VALLEJO

TUTOR

DECLARATORIA DE AUTORÍA

Eduardo Xavier López Yerovi, autor de la presente investigación, con cedula de identidad N° 060423806-3, libre y voluntariamente declaro que el trabajo de titulación: **“EL PECULADO EN CONTRATACIÓN PÚBLICA DURANTE EL ESTADO DE EMERGENCIA Y LAS CONSECUENCIAS JURÍDICO-PENALES RECAÍDAS EN SERVIDORES PÚBLICOS DE CHIMBORAZO”** es de mi plena autoría, original y no es producto de plagio o copia alguna, constituyéndose en documento único, como mandan los principios de la investigación científica, y el patrimonio intelectual del trabajo investigativo pertenece a la Universidad Nacional de Chimborazo.

Es todo cuanto puedo decir en honor a la verdad



EDUARDO XAVIER LÓPEZ YEROVI

AUTOR

DEDICATORIA

*A quien tuvo la “culpa” que me apasione esta noble
profesión y creyó en mí desde el primer día.*

*A quien conoció toda mi vida y yo solo parte de la suya pero
fue suficiente para amarlo y recordarlo hasta el final de mis
días.*

*A quien quise esté hoy conmigo pero la vida me lo arrebató
y ahora: “Desde el cielo guía mis pasos”.*

*A la memoria del mejor tipo que conocí, mi mejor
maestro y amigo, para ti Papá, todo esto es por ti y para ti,
Máster López.*

Eduardo López Yerovi

AGRADECIMIENTO

*A la gran familia que tengo a mi lado, a mi Mamá,
Papá y a los “Chiquilines”.*

*A cada ser que hizo de esta etapa especial, cada
quien sabe la forma que aportó en mi vida y como yo
lo hice en la suya.*

*A quien no solo estuvo en mis risas sino también
caminando a mi lado cuando mi mundo se derrumbó.*

*De manera especial a quien me está esperando en la
eternidad con sus brazos extendidos y una gran
sonrisa. ERLH*

GRATITUD A TODOS

Eduardo López Yerovi

ÍNDICE

DECLARATORIA DE TUTORÍA	III
DECLARATORIA DE AUTORÍA	IV
RESUMEN	XII
ABSTRACT	XIII
1. INTRODUCCIÓN	14
2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	16
3. JUSTIFICACIÓN	17
4. OBJETIVOS	18
4.1 Objetivo general	18
4.2 Objetivos específicos	18
5. MARCO TEÓRICO	19
5.1 Estado del arte	19
5.2 Aspectos teóricos	21
Unidad I.....	21
5.2.1 La contratación pública regular y en estado de emergencia en el Ecuador.....	21
5.2.2 Servicio Público en el Ecuador y la Ley Orgánica de Contratación Pública y su cumplimiento	31
5.2.3 Medidas adoptadas por el Estado para evitar la comisión de delitos en contra de la eficiente administración pública	35
Unidad II.....	39
5.2.4 Delito de peculado.....	39
5.2.5 Teoría del delito de peculado	46
Unidad III	52

5.2.6	Administración de justicia en el Ecuador por el delito de peculado	52
5.2.7	Análisis de la declaratoria de emergencia en la provincia de Chimborazo.....	56
5.2.8	Estudio de procesos por peculado	64
5.3	Hipótesis	68
6.	METODOLOGÍA	68
6.1	Unidad de análisis.....	68
6.2	Métodos	68
6.3	Enfoque de investigación.....	69
6.4	Tipo de investigación.....	70
6.5	Diseño de investigación.....	70
6.6	Población y muestra.....	70
6.6.1	Población.....	70
6.6.2	Muestra.....	71
6.7	Técnicas e instrumentos de investigación	71
6.7.1	Técnicas.....	71
6.7.2	Instrumentos	71
6.8	Técnicas para el tratamiento de la información	71
7.	RESULTADOS Y DISCUSIÓN	71
7.1	Resultados.....	71
7.1.1	Encuesta dirigida a: Jueces y fiscales de la provincia de Chimborazo	71
7.1.2	Encuesta dirigida a: Servidores públicos de la provincia de Chimborazo y ciudadanía del cantón Riobamba	80
7.2	Discusión	87
8.	CONCLUSIONES.....	91
9.	RECOMENDACIONES.....	92
10.	BIBLIOGRAFÍA.....	93
11.	ANEXOS.....	98

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla N° 1: Población y muestra	70
Tabla N° 2: Actos de corrupción en la contratación	71
Tabla N° 3: Cumplimiento normas jurídicas vigentes en	73
Tabla N° 4: Delitos más frecuente contra de la eficiente.....	74
Tabla N° 5: Casos sentenciados por el delito de peculado.....	75
Tabla N° 6: Casos en el Estado haya ejercido el derecho de repetición para	76
Tabla N° 7: Calificación de la eficiencia, eficacia y transparencia en la.....	77
Tabla N° 8: Cumplimiento del principio de igualdad legal al	78
Tabla N° 9: Concordancia con la pena que determina el	80
Tabla N° 10: Conocimiento sobre la contratación pública	81
Tabla N° 11: Pena por peculado.....	81
Tabla N° 12: Transparencia del sistema de.....	82
Tabla N° 13: Pena privativa de libertad por peculado	83
Tabla N° 14: Transparencia o independencia de la administración de	84
Tabla N° 15: Aplicación del principio de igualdad en el momento.....	85
Tabla N° 16: Juzgamiento de un servidor público	86

ÍNDICE DE GRÁFICOS

Gráfico N° 1: Actos de corrupción en la contratación	72
Gráfico N° 2: Cumplimiento normas jurídicas vigentes en	73
Gráfico N° 3: Delitos más frecuente contra de la eficiente administración	74
Gráfico N° 4: Casos sentenciados por el delito de peculado en contra.....	75
Gráfico N° 5: Casos en el Estado haya ejercido el derecho de repetición sobre	76
Gráfico N° 6: Calificación de la eficiencia, eficacia y transparencia en la.....	77
Gráfico N° 7: Cumplimiento del principio de igualdad legal al	78
Gráfico N° 8: Concordancia con la pena que determina el COIP	80
Gráfico N° 9: Conocimiento sobre la contratación pública en	81
Gráfico N° 10: Pena por peculado	82
Gráfico N° 11: Transparencia del sistema de contratación pública	82
Gráfico N° 12: Pena privativa de libertad por peculado	83
Gráfico N° 13: Transparencia o independencia de la administración de justicia	84
Gráfico N° 14: Aplicación del principio de igualdad en el momento de	85
Gráfico N° 15: Juzgamiento de un servidor público	86

ÍNDICE DE ANEXOS

Anexo 1: Encuesta a jueces y fiscales	98
Anexo 2: Encuesta a servidores públicos y ciudadanía en general.....	100

RESUMEN

En la presente investigación se realizó un estudio legal, doctrinario y de casos, sobre el delito de peculado en la contratación pública durante el estado de emergencia. Se analizaron las consecuencias jurídico-penales generadas por la indebida contratación pública en estado de emergencia; se identificó la existencia de contratación pública ilegal por parte de autoridades estatales responsables de la contratación, y las medidas que ha tomado el Estado para evitar la violación a las normas; se analizó la eficiencia de la administración de justicia frente a servidores públicos de Chimborazo, procesados y sentenciados por peculado. Para cumplir con los objetivos planteados se desarrolló una investigación cualitativa de tipo descriptiva - documental, con un diseño no experimental, ya que el problema fue observado tal como se da en su contexto. Para el levantamiento de información se aplicó una encuesta a administradores de justicia en la provincia de Chimborazo, servidores públicos, y ciudadanía en general, a partir de la cual se determinó que el abuso en la contratación pública emergente es evidente, palpable, y visible, al tratar de satisfacer una necesidad indispensable en momentos de emergencia, omitiendo varios procedimientos de la contratación pública regular, dando paso así al cometimiento de delitos de corrupción (peculado), que la mayoría de veces quedan en la impunidad. A manera de conclusión, cabe indicar que la administración de justicia cumple de manera parcial con sus atribuciones, ya que se aplica un juzgamiento distinto para autoridades y para servidores públicos comunes que han incurrido en el delito de peculado.

Palabras clave: Contratación pública; estado de emergencia; peculado; servidores públicos; administradores de justicia.

ABSTRACT

This research develops a legal, doctrinal, and case study on the crime of embezzlement in public procurement during the State of emergency. The legal-criminal consequences generated by improper public contracting in a state of emergency were analyzed. The existence of illegal public contracting by state authorities responsible for contracting was identified, and the measures that the State has taken to prevent violation of the regulations. The efficiency of the administration of justice against public servants of Chimborazo, prosecuted and sentenced for embezzlement, was analyzed. Objectives were achieved through descriptive-documentary, qualitative research was developed, with a non- experimental design, since the problem was observed as it occurs in its context. A survey was applied to collect information from administrators of justice in Chimborazo, public servants, and citizens in general. The survey determined that the abuse in emerging public contracting is evident, palpable, and visible, trying to satisfy an indispensable need in times of emergency, omitting several procedures of regular public procurement. It was thus giving way to committing crimes of corruption (embezzlement), which most of the time remain in impunity. By way of conclusion, it should be noted that the administration of justice partially complies with its powers since a different trial is applied to authorities and ordinary public servants who have committed embezzlement crime.

Keywords: Public contracting, State of emergency, peculation, Public servers, Administrators of justice.



Translation of abstract reviewed by Dr. Narcisa Fuertes PhD.
Professor at Linguistic Competences UNACH

1. INTRODUCCIÓN

La contratación pública “se refiere a todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría” (Ley Orgánica Sistema Nacional de Contratación Pública, 2008a, p.4). A través del portal de compras públicas del Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP) se llevan a cabo cada uno de estos procesos.

En ocasiones se presentan eventualidades que requieren de soluciones inmediatas, que requieren que se lleven a cabo contrataciones emergentes, “las contrataciones en emergencia permiten sustituir de manera inmediata las necesidades de bienes, obras o servicios, sin llevar a cabo un procedimiento de contratación convencional, siempre y cuando medie un evento no predecible y probado” (Díaz, 2018).

Al dar paso a este tipo de contratación en situaciones de emergencia se ha podido evidenciar que los recursos no se han manejado de manera transparente, y se han generado abusos por parte de las entidades públicas, configurando así el delito peculado. El Iter Criminis del delito de peculado (tipificado en el Art. 278 del Código Orgánico Integral penal “COIP”) consumado en la contratación pública durante un estado de emergencia, que es una situación que se presta como cortina de humo para beneficiar a funcionarios públicos o colaboradores, dando paso así a un incremento en los actos de corrupción que día a día son evidentes en el Ecuador, particularmente en la provincia de Chimborazo.

En consecuencia, resulta necesario realizar un análisis sobre una de las principales infracciones penales como lo es el peculado, el cual está dentro de los delitos en contra de la eficiencia de la administración pública, que se ejecuta durante una declaratoria de estado de emergencia, determinada en el Art. 6 literal 31 de la LOSNCP, esta conducta ocasiona graves perjuicios económicos al Estado y a sus mandantes.

Los actos de corrupción en momentos de emergencia no son nuevos, de hecho, existen varios casos en proceso y otros sentenciados, mismos que servirán como objeto de estudio en esta investigación, con el fin de analizar de manera crítica la actuación de la

administración de justicia en contra de servidores de cualquier Institución del Estado en la provincia de Chimborazo.

Se busca determinar a través de un estudio de casos, si el manejo de la contratación pública en estado de emergencia por los servidores públicos es un medio que facilita a estos o a terceros, al beneficiarse con contratos vinculados al Estado. Además, se busca verificar si el accionar de los servidores públicos constituye peculado, o qué tipo de efectos jurídico-penales podría generar la indebida contratación pública y si esas consecuencias son proporcionales o iguales a las aplicadas a un ciudadano común.

Finalmente, se busca identificar cuan eficiente es la administración de justicia frente a las entidades públicas y las autoridades de los diversos niveles de gobierno de la provincia de Chimborazo, verificar si existe contratación pública ilegal en estado de emergencia o en sentencias condenatorias en contra de las autoridades estatales responsables de la contratación, y las medidas que ha tomado el Estado para evitar la violación a las normas.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El estado de emergencia en contratación pública posee un procedimiento peculiar y propio, se diferencia de la contratación regular, por el hecho de cubrir inmediatamente una situación emergente, es así que servidores públicos de distintos niveles de gobierno o instituciones del Estado, se encargan de negociar, contratar, adquirir, recibir, distribuir y administrar gran cantidad de bienes o servicios en beneficio de la población. Sin embargo, lo curioso se da en que un porcentaje de estas contrataciones resultan sospechosas, por la forma en que los oferentes han ganado estos concursos o contratos, sin cumplir los requisitos establecidos en la ley dando paso a la realización de actos de corrupción y de delitos.

En la actualidad, el delito de peculado y el delito de tráfico de influencias, son las principales infracciones penales consumadas en la contratación pública durante un estado de emergencia declarado por cualquier institución estatal, porque existe un porcentaje de servidores públicos que aprovechan su autoridad para realizar actos ilícitos, repartiendo contratos, adquiriendo insumos con precios exorbitantes, o desviando fondos a sus cuentas personales, etc.

La presente investigación busca contribuir a que en un futuro se corrijan ciertas disfunciones del Estado, haciendo cambios estructurales y re-direccionando hacia políticas más inclusivas y transparentes, destacando que los presupuestos asignados deben administrarse según los principios de eficiencia, efectividad, transparencia e imparcialidad. La información sobre compras y contratos debe publicarse en formatos de datos abiertos y accesibles, garantizar la competencia y asegurar mecanismos para permitir a los ciudadanos informar o denunciar irregularidades. En necesario también, trabajar en general en medidas preventivas, mejores métodos de castigo o endurecimiento de penas en estos tipos de delitos de cuello blanco y sobretodo en educar al ciudadano sea que funja o no como servidor público.

Esta investigación busca poner en evidencia, la realidad sobre los procesos de contratación pública en estado de emergencia, para verificar si los servidores públicos cumplen el ordenamiento jurídico vigente o por el contrario, cometen peculado dentro del proceso de contratación. Así también, se busca identificar las consecuencias jurídico-penales

imputadas a dichos servidores, y describir a través de un estudio de casos cuántos de ellos han sido procesados y condenados. Finalmente, se analiza la seguridad jurídica y los principios rectores de la administración de justicia dentro de los procesos penales en contra de las autoridades estatales con el fin de concluir si sus decisiones son independientes o acordes a la Constitución y la ley.

3. JUSTIFICACIÓN

Debido al incremento de casos de corrupción en nuestro país y particularmente en nuestra provincia de Chimborazo me veo en la necesidad de estudiar el problema de la contratación pública dentro de un estado de emergencia, así como a la firma de declaratorias de emergencia por parte de las instituciones públicas, evidenciando contratos con precios exorbitantes otorgados de manera irregular y firmados sin cumplir los requisitos mínimos contemplados en la ley; también cómo el servidor público mal utiliza los recursos estatales para beneficiarse a sí mismo, a familiares, amigos o autoridades de gobierno, y traen como consecuencia la configuración y consumación del delito de peculado por el incumplimiento de las normas jurídicas vigentes. El estado de emergencia sirve para darnos cuenta del surgimiento de las peores acciones del ser humano en particular de los irresponsables servidores que manejan el dinero público a través de una dignidad estatal y que solo pocas de las conductas de esos malos funcionarios han llegado a ser criminalizadas y de esa mínima cantidad muchas han quedado en la impunidad perjudicando no solo al Estado sino a los habitantes de una población.

El estudio se justifica por ser actual y evidente la desigualdad y desproporcionalidad de la aplicación de la justicia en ciudadanos que no son miembros del gobierno y que han cometido cualquier tipo de delito a diferencia de los servidores que cometen peculado, es por ello, que el objeto de estudio es necesario realizarlo para analizar la actuación de quienes conforman la administración de justicia y ver cómo aplican la norma penal. Al conocer que el derecho penal es de acto más no de autor, se centra el poder punitivo en quién sea el sujeto activo del ilícito sino que el sujeto debe ser sancionado conforme a la ley; en nuestro país no ocurre esto, al existir un porcentaje de funcionarios judiciales que aplican de manera desproporcional la ley, perdiendo su independencia y autonomía en la toma de decisiones dan a entender que el principio que determina que, la justicia no está

hecha para reprimir al débil ni tampoco para que el fuerte o poderoso abuse de ella, sino únicamente es para ser justa, en la práctica no se cumple en su totalidad.

4. OBJETIVOS

4.1 Objetivo general

Determinar a través de un estudio de casos si la contratación pública durante el estado de emergencia ha sido manejada con transparencia o fue mal utilizada por servidores públicos de Chimborazo, para beneficiarse con contratos vinculados al estado, a fin de verificar si la conducta constituye peculado y su juzgamiento fue con apego a la Constitución y la ley.

4.2 Objetivos específicos

- Describir las consecuencias jurídico-penales generadas por la indebida contratación pública en estado de emergencia en la provincia de Chimborazo.
- Identificar la existencia de contratación pública ilegal dentro del estado de emergencia en procesos penales en contra de las autoridades estatales responsables de la contratación, y las medidas que ha tomado el estado para evitar la violación a las normas.
- Analizar la eficiencia de la administración de justicia frente a servidores públicos de Chimborazo, procesados y sentenciados por el delito de peculado y si el juzgamiento de cada uno de ellos respetó el ordenamiento jurídico vigente.

5. MARCO TEÓRICO

5.1 Estado del arte

André Scheller D'Angelo y Shirly Silva Maestre en la revista jurídica VIA IURIS presentan el tema “La corrupción en la contratación pública: operatividad, tipificación, percepción, costos y beneficios” y concluyen lo siguiente:

Durante los últimos años, el germen de la corrupción se ha expandido por todos los escenarios del sector público. Esta conducta universal ha llegado a practicarse desde los actos más simples, hasta los más complejos en cabeza del Estado. La contratación pública resulta sumamente atractiva para cometer actos corruptos, esto, producto de las altas cantidades de dinero destinadas para ello, las facilidades para adquirirlo y las altas probabilidades de que dichas conductas queden en la impunidad; muestra de lo indicado es el alto índice de percepción de la corrupción en Colombia y España. (Scheller y Silva, 2017, p.2)

Teresa Medina en el libro “Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública” concluye lo siguiente:

La corrupción en la contratación pública se materializa a partir de una serie de actuaciones de distinta naturaleza que, o bien suponen la quiebra de la legalidad o bien la quiebra de la imparcialidad, pero que, en cualquier caso, implican la adopción, por parte de los servidores públicos, de decisiones que se desvían del objetivo propio de la actuación administrativa que es el interés general para obtener alguna clase de beneficio para sí o para un tercero. (Medina, 2010, p.7)

André Scheller D'Angelo y Shirly Silva Maestre en la revista jurídica VIA IURIS presentan “La Corrupción en los procesos de contratación pública” y concluyen lo siguiente:

En un escenario donde se manejan grandes cantidades de dinero provenientes del erario, prima la discrecionalidad y la subjetividad de los

individuos investidos por un cargo público o político fácilmente corruptible, en el que además es fácil el acceso a actos fraudulentos; allí, existe una alta probabilidad de impunidad, por ello, resulta ser el escenario perfecto para cometer actos de corrupción. (Scheller y Silva, 2017, p.8)

Los delitos de cuello blanco poseen la característica de ser cometidos por individuos que gozan de reconocimiento, bien sea político, social o económico; la mayoría de ellos son líderes de las comunidades a las que absorben con sus conductas delictivas, como sucede en la corrupción en la contratación estatal, donde los actores son alcaldes, gobernadores, directores de departamento o funcionarios de altos rangos, con facultades para contratar, y grandes empresarios e inversionistas, cuyas posiciones sociales y funcionales facilitan el desangro al fisco estatal. (Scheller y Silva, 2017, p.12)

Alonso Peña Cabrera en el libro “Delitos contra la Administración Pública” concluye que:

El peculado doloso es aquel hecho punible que se configura cuando el funcionario o servidor público en su beneficio personal o para beneficio de otro, se apropia o utiliza, en cualquier forma, caudales o efectos públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiadas por razón del cargo que desempeñan al interior de la administración pública (...). Entiéndase de igual forma al peculado culposo como aquella atribución que recala sobre el funcionario y/o servidor público encargado de la custodia del bien, que al no adoptar las medidas necesarias y pertinentes para su adecuada protección o en franca dejadez a sus deberes de garantía, permite que otro sujeto (intraneus o extraneus) se apropie o los sustraiga de la esfera interna de la Administración pública, quebrantando los deberes específicos de garantía que es objeto de acriminación por parte del legislador. (Peña, 2016, p.30)

El peculado está considerado como un delito de corrupción, la corrupción es el género y el peculado es la especie, los delitos de corrupción son delitos de cuello blanco, dorado y de alcurnia.

5.2 Aspectos teóricos

Unidad I

5.2.1 La contratación pública regular y en estado de emergencia en el Ecuador

En el Art. 7 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCOP), se establece a el Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP) como “el conjunto de principios, normas, procedimientos, mecanismos y relaciones organizadas orientadas al planeamiento, programación, presupuestos, control, administración y ejecución de las contrataciones realizadas por las Entidades Contratantes” (LOSNCOP, 2008a, p.7).

Así mismo, en el Art. 10 de la LOSNCOP se establece la creación del Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP), “como organismo de derecho público, técnico regulatorio, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria” (LOSNCOP, 2008a, p.7).

Dicho servicio regula los procedimientos de contratación de entidades ligadas al servicio público, entre las cuales se cuentan dependencias de las funciones del estado, organismos electorales, organismos de control y regulación, Gobiernos Autónomos Descentralizados en todos los niveles, empresas públicas, personas jurídicas creadas por el legislativo, e inclusive sociedades del sector civil que formen parte de instituciones del Estado.

Por otra parte, en el Art. 21 de la LOSNCOP se determina que el Portal de Compras Públicas, es el Sistema Oficial de Contratación Pública del Ecuador, y que “será de uso obligatorio para las entidades sometidas a esta Ley y será administrado por el Servicio Nacional de Contratación Pública” (LOSNCOP, 2008a, p.11). Es decir que para todo procedimiento de contratación regular o en estado de emergencia, las entidades públicas precisan hacer uso de este sistema, y someterse a seguir los requisitos preestablecidos por el Sistema Nacional de Contratación Pública.

En lo que respecta a los procedimientos de contratación regular la LOSNCOP establece en su Art. 22 que:

Las Entidades Contratantes, para cumplir con los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo, sus objetivos y necesidades institucionales, formularán el Plan Anual de Contratación (PAC) con el presupuesto correspondiente, de conformidad a la planificación plurianual de la institución, asociados al Plan Nacional de Desarrollo y a los presupuestos del Estado. El plan será publicado obligatoriamente en la página web de la Entidad Contratante dentro de los quince (15) días del mes de enero de cada año e interoperará con el portal COMPRASPUBLICAS. (LOSNCP, 2008a, p.12)

Con base en lo antes citado, cabe indicar que los procedimientos de contratación pública regular, deben estar previstos con la antelación pertinente por cada institución pública, para poderlos contemplar en el Plan Anual de Contratación, el cual es un ejercicio obligatorio para las entidades públicas, ya que en este se respaldan las necesidades de inversión y gasto de dichas instituciones.

En el Art. 26 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (2009), se determina que el PAC deberá contener la siguiente información (p.8):

1. Los procesos de contratación que se realizarán en el año fiscal;
2. Una descripción del objeto de las contrataciones contenidas en el Plan, suficiente para que los proveedores puedan identificar las obras, bienes, servicios o consultoría a contratarse;
3. El presupuesto estimativo de los bienes, servicios u obras a adquirir o contratar; y,
4. El cronograma de implementación del Plan.

Sin perjuicio de lo anterior, en el caso de entidades contratantes que realicen actividades empresariales o de carácter estratégico, en coordinación con el SERCOP, establecerán el contenido del PAC que será publicado en el Portal, con la finalidad de que dicha información no afecte el sigilo comercial y de estrategia necesario para el cumplimiento de los fines y objetivos de dichas entidades.

5.2.1.1 *Requisitos, y procedimiento contratación pública regular*

Para la realización de un procedimiento de contratación pública regular se requiere que las instituciones públicas contemplen lo establecido en los siguientes artículos de la LOSNCP (2008a, pp.12 - 17):

Art. 23. Estudios: Antes de iniciar un procedimiento precontractual, de acuerdo a la naturaleza de la contratación, la entidad deberá contar con los estudios y diseños completos, definitivos y actualizados, planos y cálculos, especificaciones técnicas, debidamente aprobados por las instancias correspondientes, vinculados al Plan Anual de Contratación de la entidad.

Art. 24. Presupuesto: Las entidades previamente a la convocatoria, deberán certificar la disponibilidad presupuestaria y la existencia presente o futura de recursos suficientes para cubrir las obligaciones derivadas de la contratación.

Art. 25.1. Participación Nacional: Los pliegos contendrán criterios de valoración que incentiven y promuevan la participación local y nacional, mediante un margen de preferencia para los proveedores de obras, bienes y servicios, incluidos la consultoría de origen local y nacional, de acuerdo a los parámetros determinados por la entidad encargada de la Contratación Pública.

Art. 25.2. Preferencia a bienes, obras y servicios de origen ecuatoriano, y a los actores de la Economía Popular y Solidaria y Micro, pequeñas y medianas empresas: En todos los procedimientos previstos en la presente ley, se preferirá al oferente de bienes, obras o servicios que incorpore mayor componente de origen ecuatoriano o a los actores de la Economía Popular y Solidaria y Micro, Pequeñas y Medianas Empresas, mediante la aplicación de mecanismos tales como: márgenes de preferencia proporcionales sobre las ofertas de otros proveedores, reserva de mercado, entrega de anticipos, subcontratación preferente, entre otros.

Art. 27. Modelos Obligatorios: Serán obligatorios los modelos y formatos de documentos precontractuales, y la documentación mínima requerida para la

realización de un procedimiento precontractual y contractual, que serán elaborados y oficializados por el SERCOP, para lo cual podrá contar con la asesoría de la Procuraduría General del Estado y de la Contraloría General del Estado.

Art. 28. Uso de Herramientas Informáticas: Los procedimientos establecidos en esta Ley, se tramitarán preferentemente utilizando herramientas informáticas, de acuerdo a lo señalado en el Reglamento de esta Ley. El Portal COMPRASPUBLICAS deberá contar con seguridades informáticas que garanticen su correcto funcionamiento, con las pistas de auditoría correspondientes.

Art. 29. Compras Corporativas: Con el objeto de conseguir mejores condiciones de contratación y aprovechar economías de escala, dos o más entidades podrán firmar convenios interinstitucionales con el fin de realizar en forma conjunta un procedimiento de selección único, para la adquisición de bienes, ejecución de obras de interés común o prestación de servicios incluidos los de consultoría. Se observarán los procedimientos correspondientes de acuerdo al monto y naturaleza de la contratación. Para la elaboración del convenio se observarán los modelos de uso obligatorio desarrollados por el SERCOP. Una vez culminado el proceso de selección, si la contratación fuera divisible, se suscribirán contratos independientes entre cada entidad y el o los adjudicatarios.

Art. 30. Vigencia de la Oferta: Las ofertas se entenderán vigentes durante el tiempo que para el efecto prevean los Pliegos precontractuales. De no preverse el plazo de vigencia se entenderá que la oferta está vigente hasta la fecha de celebración del contrato, pudiendo prorrogarse el plazo previsto por disposición de la Entidad Contratante.

Art. 31. Divulgación, Inscripción, Aclaraciones y Modificaciones de los Pliegos: Los Pliegos contendrán toda la información requerida para participar en un proceso de provisión de obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría. Los Pliegos contendrán toda la información técnica,

económica y legal requerida en un proceso como planos, estudios, especificaciones técnicas, condiciones económicas, legales y contractuales. Los Pliegos son públicos y su acceso es gratuito para cualquier persona a través del portal de COMPRASPUBLICAS. En ningún proceso de contratación, sea cual sea su monto o modalidad, se cobrará valor alguno por derecho de inscripción. Exclusivamente el oferente adjudicado, una vez recibida la notificación de adjudicación, pagará a la entidad el valor previsto en forma previa en los pliegos, y con el cual se cubra exclusivamente los costos de levantamiento de textos, reproducción y edición de los Pliegos, de ser el caso. Los interesados podrán realizar preguntas y solicitar aclaraciones sobre los pliegos a la entidad convocante. Las preguntas, las aclaraciones, las respuestas y las modificaciones a los pliegos, en caso de existir, se publicarán en el portal COMPRASPUBLICAS. Los Pliegos establecerán el plazo y los procedimientos para formular las preguntas y aclaraciones y para obtener las respuestas correspondientes. En los Pliegos deberá incluirse obligatoriamente un plazo de convalidación de errores de forma de la oferta, de conformidad con lo establecido en el Reglamento.

Art. 32. Adjudicación: La máxima autoridad de la Institución de acuerdo al proceso a seguir en base al tipo de contratación, adjudicará el contrato, al oferente cuya propuesta represente el mejor costo, de acuerdo a lo definido en los números 17, 18 y 19 del artículo 6 de esta Ley; y, a los parámetros objetivos de evaluación previstos en cada procedimiento.

Art. 33. Declaratoria de Procedimiento Desierto: La máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, declarará desierto el procedimiento de manera total o parcial, en los siguientes casos:

- a. Por no haberse presentado oferta alguna;
- b. Por haber sido inhabilitadas todas las ofertas o la única presentada, de conformidad con la ley;

c. Por considerarse inconvenientes para los intereses nacionales o institucionales todas las ofertas o la única presentada. La declaratoria de inconveniencia deberá estar sustentada en razones económicas, técnicas o jurídicas;

d. Si una vez adjudicado el contrato, se encontrare que existe inconsistencia, simulación o inexactitud en la información presentada por el adjudicatario, detectada por la Entidad Contratante, la máxima autoridad de ésta o su delegado, de no existir otras ofertas calificadas que convengan técnica y económicamente a los intereses nacionales o institucionales, declarará desierto el procedimiento sin perjuicio del inicio de las acciones que correspondan en contra del adjudicatario fallido; y,

e. Por no celebrarse el contrato por causas imputables al adjudicatario, siempre que no sea posible adjudicar el contrato a otro oferente.

Art. 34. Cancelación del Procedimiento: En cualquier momento entre la convocatoria y 24 horas antes de la fecha de presentación de las ofertas, la máxima autoridad de la entidad podrá declarar cancelado el procedimiento, sin que dé lugar a ningún tipo de reparación o indemnización, mediante acto administrativo motivado, en los siguientes casos:

1. De no persistir la necesidad, en cuyo caso se archivará el expediente;
2. Cuando sea necesario introducir una reforma sustancial que cambie el objeto de la contratación; en cuyo caso se deberá convocar a un nuevo procedimiento; y,
3. Por violación sustancial de un procedimiento precontractual.

Art. 36. Expediente del Proceso de Contratación: Las Entidades Contratantes deberán formar y mantener un expediente por cada contratación en el que constarán los documentos referentes a los hechos y aspectos más relevantes de sus etapas de preparación, selección, contratación, ejecución, así como en la fase pos contractual.

Como se puede apreciar el proceso de contratación pública regular comprende el cumplimiento de un ciclo ajustado a contemplar todos los requisitos dados por la Ley, y que se articule al PAC de cada institución pública, todo esto alineado a promover una contratación justa, y legal. Así mismo, toda contratación debe darse en el tiempo necesario para que se analicen las ofertas de los postulantes, verificando así el cumplimiento de requisitos, y considerando siempre una oferta económica que sea favorable tanto para la institución como para el oferente.

5.2.1.2 Requisitos, procedimiento y declaratoria para contratación en emergencia

Antes de analizar lo que conlleva un estado de emergencia para la contratación pública, es importante hacer referencia a los denominados Estados de Excepción, que son los que permiten al Estado hacer frente a momentos y circunstancias especiales que perturban el normal desenvolvimiento de la sociedad, a fin de proteger a la población y salvaguardar los intereses del Estado. (Cociós, 2015)

En el Art. 164 de la Constitución de la República del Ecuador (2008b, p. 91) se establece que:

La Presidenta o Presidente de la República podrá decretar el estado de excepción en todo el territorio nacional o en parte de él en caso de agresión, conflicto armado internacional o interno, grave conmoción interna, calamidad pública o desastre natural. La declaración del estado de excepción no interrumpirá las actividades de las funciones del Estado. El estado de excepción observará los principios de necesidad, proporcionalidad, legalidad, temporalidad, territorialidad y razonabilidad. El decreto que establezca el estado de excepción contendrá la determinación de la causal y su motivación, ámbito territorial de aplicación, el periodo de duración, las medidas que deberán aplicarse, los derechos que podrán suspenderse o limitarse y las notificaciones que correspondan de acuerdo a la Constitución y a los tratados internacionales.

De este modo a partir de una declaratoria de estado de excepción es factible establecer el estado de emergencia sea nivel nacional, regional, o local, teniendo en cuenta las motivaciones determinadas por la Ley, sin embargo, la declaratoria de estado de excepción no sule a la declaratoria de emergencia que cada entidad contratante debe emitir y publicar. Los órganos centrales podrán avocar competencias de sus entidades desconcentradas a efectos de declarar la emergencia y llevar a cabo las contrataciones en situación de emergencia. (Resolución Nro. RE-SERCOP-0104, 2020a)

En lo que corresponde a la contratación pública por emergencia se debe considerar que esta permite suplir de forma inmediata las necesidades de bienes, obras o servicios, sin que se requiera realizar un procedimiento de contratación regular, siempre y cuando medie un evento no predecible y probado (Díaz, 2018). Al omitir los requisitos y tiempos que se contemplan en un proceso de contratación regular, se facilita a las entidades públicas el invertir en bienes y servicios que aporten a responder de manera oportuna a una situación de emergencia

En el Art. 6 literal 31 de la LOSNCP se define que:

Las situaciones de emergencia son aquellas generadas por acontecimientos graves tales como accidentes, terremotos, inundaciones, sequías, grave conmoción interna, inminente agresión externa, guerra internacional, catástrofes naturales, y otras que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, a nivel nacional, sectorial o institucional. Una situación de emergencia es concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva. (LOSNCP, 2008a, p. 6)

A partir de lo establecido en el artículo 6, y según Cocíos (2015) se pueden definir como requisitos para declarar una situación de emergencia los siguientes:

Concreta, refiriéndose a un hecho particular, preciso, exacto, sin vaguedad; no tendrían la calidad de emergencia aquellas situaciones en las que la declaratoria no determine con precisión un acontecimiento grave que se busca superar.

Inmediata, es decir que la situación ocasione daños o produzca sus efectos en este momento, se refiere a acontecimientos producidos por circunstancias que son de carácter súbito.

Imprevista, refiriéndose a que se desconoce que va a ocurrir, es decir la situación de emergencia debe haber sido inesperada y repentina, por lo que no podría haber sido prevista con anterioridad por la entidad contratante, caso contrario sería una evidente negligencia de la misma.

Probada, lo que implica que la situación de emergencia deba ser acreditada como verdadera, real, existente, demostrada a través de pruebas que den a conocer la emergencia, y los daños ocasionados.

Objetiva, esto hace referencia a que la declaratoria de emergencia se dé como un hecho real, imparcial, que no esté movido o motivado por intereses, ideas o sentimientos personales.

Con respecto al procedimiento de contratación que se debe seguir durante la declaratoria de estado de emergencia, la LOSNCP establece en el Art. 57 que:

Para atender las situaciones de emergencia definidas en esta Ley, previamente a iniciarse el procedimiento, el Ministro de Estado o en general la máxima autoridad de la entidad, deberá emitir resolución motivada que declare la emergencia para justificar la contratación. Dicha resolución se publicará en el Portal COMPRASPUBLICAS. La entidad podrá contratar de manera directa, y bajo responsabilidad de la máxima autoridad, las obras, bienes o servicios, incluidos los de consultoría, que se requieran de manera estricta para superar la situación de emergencia. Podrá, inclusive, contratar con empresas extranjeras sin requerir los requisitos previos de domiciliación ni de presentación de garantías; los cuales se cumplirán una vez suscritos el respectivo contrato. En todos los casos, una vez superada la situación de emergencia, la máxima autoridad de la Entidad Contratante publicará en el Portal COMPRASPUBLICAS un informe que detalle las contrataciones realizadas y el presupuesto empleado, con indicación de los resultados obtenidos. (LOSNCP, 2008a, pp.26-27)

Cabe indicar además que para las contrataciones previstas en el Régimen Especial, también podrá declararse en emergencia, en cuyo caso se aplicara lo dispuesto en el artículo 57 de la LOSNCP.

Así mismo, al tratarse de contrataciones en estado de emergencia el Reglamento a la LOSNCP determina en su Art. 25 que estas no serán incluidas en el Plan Anual de Contratación inicial, ni en el reformulado por de la entidad contratante. (Reglamento a la LOSNCP, 2009)

Dentro del procedimiento para contratación en estado de emergencia se debe considerar el verificar una relación directa y objetiva para la contratación, tener en cuenta la existencia de una certificación de disponibilidad presupuestaria, analizar la posibilidad de contratar o no empresas extranjeras, así como la opción de continuar los procesos de contratación bajo el régimen común o regular. Por otra parte, durante una situación de emergencia los objetivos de análisis de la oferta deben centrarse en una selección ágil, inmediata, rápida, transparente y sencilla; obtener el mejor costo y el respaldo del precio obtenido. (SERCOP, 2020b, p.13)

Las instituciones públicas deben hacer uso de los instrumentos contractuales que sigan los modelos oficiales establecidos por el SERCOP, los mismos serán elaborados y perfeccionados por medios físicos o electrónicos. Del mismo modo, las entidades contratantes durante el periodo de emergencia por el que hayan realizado una o varias contrataciones deberán elaborar y presentar informes parciales los cuales deberán contener la siguiente información:

- 1) Número de contrataciones realizadas;
- 2) Objeto de contratación;
- 3) Nombre y RUC de los contratistas;
- 4) Monto por cada contratación; y
- 5) Detalle por cada contratación la causa o razón que motivó a la entidad contratante a no utilizar el régimen común de contrataciones. Estos informes deberán ser subidos a la plataforma del Sistema Oficial de Contratación Pública cada diez días. (SERCOP, 2020b, p.19)

Además, las instituciones públicas contratantes deberán presentar un informe final el cual contendrá lo siguiente:

1) Número y fecha de la resolución que declaró la emergencia; 2) Número de contratos efectuados para superar la emergencia; 3) Objeto de cada contrato efectuado; 4) Identificación del o los contratistas con su respectivo número de RUC; 5) Plazo de duración de la emergencia; 6) Valor de cada contrato, incluyéndose reajustes, contratos complementarios o cualquier otra situación que permita cuantificar con exactitud el valor invertido en la emergencia; 7) Resultados de la contratación con indicación de bienes adquiridos, servicios prestados, productos de consultoría y obras construidas, según sea el caso, con referencia al cumplimiento de sus respectivas obligaciones; y 8) Indicación clara de las situaciones de hecho que se lograron corregir o superar con los resultados de la contratación. (SERCOP, 2020b, p.22)

Una vez se cuente con los informes parciales y finales el SERCOP está llamado a iniciar sus funciones de supervisión y control, y a reportar las inconsistencias encontradas a la Contraloría General del Estado.

Teniendo en cuenta lo citado previamente, es factible afirmar que existe una apertura total a la contratación pública durante situaciones de emergencia debido a lo que estas pueden generar, sin embargo, el hecho de que se exijan informes detallados de las contrataciones realizadas durante estos periodos, implica que la Ley promueve el control y la evaluación de los actos de contratación que se desarrollen durante una emergencia por parte de una entidad pública de cualquier nivel, por tanto de ser el caso se detectarían los delitos que atenten contra la eficiencia de la contratación pública.

5.2.2 Servicio Público en el Ecuador y la Ley Orgánica de Contratación Pública y su cumplimiento

El servicio público busca satisfacer las necesidades de interés general, por lo que cuenta con el poder político, las competencias y los medios suficientes para ejecutar su misión de acuerdo con la Ley. Se debe entonces considerar que el servicio público es una actividad permanente, irrenunciable y concreta del Estado, que le permite lograr sus objetivos a través de un aparato orgánico. Así mismo, el servicio público aporta a la toma de decisiones políticas y a hacerlas cumplir mediante una serie de entidades gubernamentales, que en

conjunto prestan servicios organizados para cumplir los objetivos del Estado. (Cocíos, 2015)

Aunque el servicio o administración pública cuenta con diversas competencias, está por sí sola no puede satisfacer las necesidades de la sociedad, por lo se ve obligada a contratar con privados, para cumplir con propósitos de interés público. Debido a esto el Estado está habilitado para celebrar contratos con particulares, o incluso pueden ser otorgados entre instituciones públicas, que se encuentran dentro de la esfera de Contratación Pública (empresas públicas por ejemplo), la cual es regulada por una serie de procedimientos y normas específicas.(Cocíos, 2015)

Los contratos administrativos, o que se establecen desde el sector público, permiten determinar atribuciones y obligaciones recíprocas entre los involucrados, esto con efectos jurídicos propios, directos e inmediatos, lo cual los diferencia de los simples actos administrativos. Estos contratos son una declaración de voluntad común, por lo que se requiere por una parte la voluntad concurrente del Estado o de cualquier ente que cumpla funciones del servicio público, y por otra parte la voluntad de un particular u otro ente público estatal o no estatal. (Landázuri, 2014)

En el Ecuador la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCPP) expedida bajo el Registro Oficial No. 395 del 4 de agosto de 2008, tiene como objetivo general el dinamizar la Contratación Pública, a través de la innovación tecnológica que fomente la agilidad, eficiencia y transparencia de los procesos de contratación, el incentivo a la producción nacional, la planificación y el correcto uso de recursos públicos. (Zúñiga, 2011)

Así mismo, el Sistema Nacional de Contratación Pública está llamado a: 1) garantizar la calidad del gasto público y su ejecución en concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo; 2) Garantizar la ejecución plena de los contratos y la aplicación efectiva de las normas contractuales; 3) Garantizar la transparencia y evitar la discrecionalidad en la contratación pública; 4) Convertir la contratación pública en un elemento dinamizador de la producción nacional; 5) Promover la participación de artesanos, profesionales, micro, pequeñas y medianas empresas con ofertas competitivas, en el marco de la LOSNCPP; 6) Agilizar, simplificar y adecuar los procesos de adquisición a las distintas necesidades de las

políticas públicas y a su ejecución oportuna; 7) Impulsar la participación social a través de procesos de veeduría ciudadana que se desarrollen a nivel nacional, de conformidad con el Reglamento; 8) Mantener una sujeción efectiva y permanente de la contratación pública con los sistemas de planificación y presupuestos del Gobierno central y de los organismos seccionales; 9) Modernizar los procesos de contratación pública para que sean una herramienta de eficiencia en la gestión económica de los recursos del Estado; 10) Garantizar la permanencia y efectividad de los sistemas de control de gestión y transparencia del gasto público; y 11) Incentivar y garantizar la participación de proveedores confiables y competitivos en el SNCP. (Landázuri, 2014, p.75)

Por otra parte, en el Art 4 de la LOSNCP se establece que para la aplicación de esta Ley, y de los contratos que de esta se deriven, deberán observarse los principios de “legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional” (LOSNCP, 2008a, p.4)

El principio de legalidad, hace referencia a que el Estado solo puede hacer lo que la Ley expresamente permita, ordene o faculte en la forma, condición y términos determinados por ésta. Por tanto, el servicio público debe sujetarse a lo establecido en las normas legales sobre la materia y debe actuar, en estricto apego a los procedimientos preestablecidos en este caso en la LOSNCP, su Reglamento, y demás cuerpos legales de respaldo. El principio de legalidad se manifiesta en la actividad administrativa cuando las instituciones del Estado, servidores/funcionarios públicos aplican los procedimientos precontractuales según los requerimientos y parámetros establecidos por la Ley. (Cocíos, 2015)

En cuanto al principio de trato justo e igualdad, cabe señalar que es de gran importancia en la Contratación Pública, ya que reconoce que todos los oferentes que intervienen en un procedimiento precontractual deben ser tratados de igual forma, por lo cual, en el Art. 20 del Reglamento a la LOSNCP, se señala que los Pliegos no podrán afectar el trato igualitario que las entidades deben dar a todos los oferentes ni establecer diferencias arbitrarias entre éstos. Entonces no debería existir ninguna preferencia, ventaja o prerrogativa a favor de uno de los oferentes, ya que de lo contrario se estaría negando el principio de igualdad, al darse un trato discriminatorio que perjudique a otros participantes. (Cocíos, 2015)

Con respecto al principio de calidad, se podría afirmar que este busca que los bienes, servicios, y obras que se oferten, y ejecuten, cuenten con las mejores características y cumplan con todos los requisitos, estándares y condiciones de aptitud para su uso. En el país, mediante los procedimientos de contratación regular se busca adquirir o contratar bienes, servicios u obras de máxima calidad, a costos adecuados. Por otra parte, el principio de vigencia tecnológica, hace referencia a que los bienes y servicios a adquirirse o contratarse deben ser de punta, para que cumplan de manera efectiva los fines para los que son requeridos, ya que deben contar con características tecnológicas que le permitan funcionar por un determinado periodo de tiempo, con la posibilidad de adecuarse e integrarse a avances científicos y tecnológicos. (Cocíos, 2015)

El principio de oportunidad se refiere a la agilidad y celeridad que deben tener los procesos de contratación pública. Por tanto, este principio busca que las entidades de servicio público actúen dentro del tiempo conveniente y adecuado para cubrir las necesidades de la colectividad. Así mismo, el principio de concurrencia busca que exista la mayor competencia posible y la más amplia oportunidad de participación de oferentes en la contratación pública. El poder comparar las ofertas para seleccionar la propuesta más conveniente es un ejercicio que favorece a los intereses de los organismos públicos, ya que se verán beneficiados con las mejores condiciones de precio, calidad, financiamiento, oportunidad, entre otras circunstancias. (Cocíos, 2015)

En lo que se refiere al principio de transparencia este es el principio rector de la licitación pública. Este principio busca que la gestión de la administración pública sea diáfana, sin abusos o aprovechamientos de ningún tipo, con procedimientos claros y motivados al momento de resolver. Este está interrelacionado los otros principios rectores, y se manifiesta en las distintas etapas del procedimiento precontractual establecido en la LOSNCP. Por su parte, el principio de publicidad implica la posibilidad de que un mayor número de interesados conozca sobre el pedido de ofertas de una entidad pública, ampliando así la concurrencia y competencia. Del mismo modo, con este principio se busca que se dé un desarrollo público del procedimiento, la LOSNCP como tal exige que se publiquen los procedimientos de contratación. (Cocíos, 2015)

Finalmente, el principio de participación nacional exige que en los distintos procesos de contratación intervengan participantes inscritos en el Registro Único de Proveedores (RUP), y su oferta sea de origen nacional. Por tanto la LOSNCP exige que las obras, bienes y servicios incorporen un componente ecuatoriano en los porcentajes que sectorialmente sean definidos por el SERCOP, siguiendo parámetros y metodologías establecidas en el Reglamento a la LOSNCP. Este principio busca proteger la producción e industria nacional frente a lo extranjero. (Cocíos, 2015)

5.2.3 Medidas adoptadas por el Estado para evitar la comisión de delitos en contra de la eficiente administración pública

El Estado ecuatoriano cuenta con diversos cuerpos legales, así como con herramientas y metodologías con base legal y técnico, que deberían aportar a un control exhaustivo que evite la comisión de delitos en contra de la eficiente administración pública.

Así se tiene que en la Constitución de la República del Ecuador (2008b), se pueden identificar varios artículos en los cuales se establecen diferentes limitaciones, para quienes siendo parte del servicio y administración pública cometan delitos que vayan en contra de la eficiencia de este sistema en sus diversos niveles, es decir que se han establecido medidas por ley que facultan enjuiciar a autoridades como el Presidente o Vicepresidente, y a servidores y funcionarios públicos, que se vean implicados en delitos de concusión, cohecho, peculado o enriquecimiento ilícito. Es adecuado también señalar, que inclusive este cuerpo constitucional faculta el enjuiciamiento en ausencia y la imprescriptibilidad de estos delitos.

Por otra parte, en el Código Orgánico Integral Penal (COIP, 2014) en su Sección Tercera sobre los Delitos contra la eficiencia de la administración pública se presentan entre los artículos 278 a 294, una serie de sanciones a aplicarse si las autoridades, representantes de entidades públicas, funcionarios y servidores públicos, miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, y actores civiles involucrados, incurren en alguno de los siguientes delitos: peculado; enriquecimiento ilícito; cohecho; concusión; ataque o resistencia; ruptura de sellos; tráfico de influencias; oferta de realizar tráfico de influencias; usurpación y simulación de funciones públicas; uso de fuerza pública contra órdenes de la autoridad;

delitos contra los bienes institucionales de Fuerzas Armadas o Policía Nacional; elusión de responsabilidades de las o los servidores de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional; alteración de evidencias y elementos de prueba de un acto de servicio; y abuso de facultades.

Las penas para estos delitos establecidos en el COIP van desde la aplicación de pena privativa de libertad, que dependiendo de la gravedad del caso, pueden ir desde los seis meses a los 26 años de pena privativa de libertad. Así mismo, se establecen otras penas no privativas de libertad como la destitución, suspensión o interdicción del cargo que haya estado ejerciendo el servidor público al cometer uno de los delitos señalados, y se incluye además la incapacitación de por vida para ejercer cargo público, la cual podría considerarse una de las penas no privativas de libertad, más extremas establecidas en el COIP.

En el Art. 58 del COIP las penas se clasifican en “privativas, no privativas de libertad y restrictivas de los derechos de propiedad” (COIP, 2014, p.47). Teniendo en cuenta que para el delito de peculado la pena se encuentra establecida en un tiempo de entre 5 a 13 años de privación de libertad, según las circunstancias en las que se perpetre la infracción penal según lo establecido el Art. 278 *ibídem*, el mismo artículo en su inciso final se ordena que los sentenciados por el delito de peculado además de la pena privativa de libertad, también quedarán “incapacitados de por vida para desempeñar cualquier cargo público, en entidades financieras o en las entidades de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera” (COIP, 2014, p.108).

Como se puede apreciar, desde la carta magna, hasta leyes orgánicas como el COIP, son medios a través de los cuales el Estado ha pretendido tomar medidas de ley que prevean, eviten, y castiguen la comisión de delitos por parte de quienes tengan funciones o cargos dentro del sector público, así como a aquellos actores civiles o privados, que puedan ejercer algún tipo de presión o verse involucrados en delitos que atentan la eficiencia del servicio y administración pública.

Sin embargo, aunque por ley se encuentran previstas medidas sancionatorias para estos delitos es importante tener claro que los mismos se han cometido en diversos niveles de gobierno, y en las diferentes representaciones de carácter público que existen en el Ecuador. Por tal razón, a nivel gubernamental se impulsa el Plan Nacional de Integridad

Pública y Lucha contra la Corrupción, mismo que es renovado cada cinco años, y en su más reciente versión 2019 – 2023, se han definido algunas medidas estratégicas que aporten a evitar y combatir la comisión de delitos en contra de la eficiencia en la administración pública.

En el Plan Nacional Anticorrupción se ha establecido que la articulación del control público y social con las entidades públicas “aporta a limitar las oportunidades para la reproducción de la arbitrariedad, la improvisación y el dispendio clientelar de los recursos públicos, y bienes sociales, que deben ser cuidadosamente administrados por los decisores de las políticas y gestores de los presupuestos estatales” (Consejo de Participación Ciudadana y Control Social – CPCCS, 2019). Así mismo, se indica que la Función de Transparencia y Control Social impulsa, una acción institucionalizada que contribuya a una administración pública transparente y responsable, con el fin de prevenir, limitar y sancionar los actos irregulares e ilícitos en contra de los intereses y recursos públicos.

Las estrategias establecidas en el Plan Nacional Anticorrupción, son de alcance nacional y demandan la participación e involucramiento de las esferas pública y privada. (CPCCS, 2019)

De este modo se han establecido como medidas estratégicas que aporten a reducir y evitar la comisión de delitos contra la eficiencia de la administración pública las siguientes (CPCCS, 2019, pp. 65-66):

- Vigilar y supervisar el cumplimiento de la normativa vigente y sancionar el incumplimiento, en el ámbito de la competencia de cada institución.
- Fortalecer, promover e implementar mecanismos de integridad.
- Promover y facilitar la capacitación y formación de los servidores públicos en prevención y lucha contra la corrupción.
- Promocionar y crear mecanismos de detección de irregularidades en el uso de recursos públicos, de denuncia ciudadana y de protección de la identidad del denunciante.
- Fortalecer, promover e implementar procesos de capacitación y formación ciudadana.

- Promover una cultura de transparencia, integridad y lucha contra la corrupción en el Sistema Nacional de Educación y de Educación Superior.
- Promover la implementación efectiva de los mecanismos de participación y control ciudadano.
- Articular el trabajo de las entidades que conforman la Función de Transparencia y Control Social.
- Impulsar la implementación de iniciativas y acciones de prevención y lucha contra la corrupción con las entidades del sector público, privado y demás actores sociales.

A partir de estas estrategias, el Estado busca aterrizar proyectos específicos que aporten a evitar delitos de corrupción en la administración pública, entre los principales se tiene: 1) Realizar reformas a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; 2) Generar un Código de Conducta Ética de la Función Pública; 3) Implementar el plan de capacitación y formación especializado en: Ética Pública, Gestión pública, Normas de Control Interno, Transparencia, Integridad y Prevención de la Corrupción.; 4) Implementar Redes ciudadanas de vigilancia de la gestión pública; y 5) Impulsar la conformación de Observatorios Ciudadanos de contratación pública. (CPCCS, 2019)

Con base a lo previamente citado, cabe indicar que el Estado ecuatoriano ha buscado a través de diversas estrategias instaurar medidas que aporten a evitar la corrupción y el cometimiento de delitos dentro de servicio público, sin embargo, es propicio argumentar que al parecer ni las leyes, ni los proyectos pro transparencia y lucha contra la corrupción han rendido los frutos esperados, ejemplo de ello son los diversos casos que han salido a la luz justamente a causa de la pandemia provocada por la COVID 19, periodo en el cual al parecer se han radicalizado las prácticas delictivas que enturbian la eficiencia del servicio público en entidades como GAD, instituciones del sistema de salud, y demás entidades ministeriales que están facultadas para celebrar contrataciones de emergencia, mediante las cuales se han cometido delitos en contra de la administración pública y la gestión racional de los recursos económicos del Estado.

Unidad II

5.2.4 Delito de peculado

Etimológicamente la palabra peculado proviene del latín *peculatus*, que significaría “una acción sobre los caudales” (podría ser dinero o bienes), la mayor parte de veces de índole ilegal, por lo que a nivel de la normativa este término es utilizado para referirse a la malversación o directamente al hurto de dinero. Conceptualmente, se define al delito de peculado como un atentado de orden patrimonial en perjuicio del erario, cuando quien lo comete tiene a su cargo la administración de caudales y/o bienes. (Mendieta, 2011, citado en Ordoñez, 2016)

Un segundo concepto hace referencia directa al peculado como un acto ilícito que es necesariamente cometido por un funcionario o servidor público, que se apropia o utiliza para sí mismo u otros, caudales, o bienes, que le hayan sido confiados en razón de su cargo. (Túpez, 2013, citado en Ordoñez, 2016)

Entonces, sería factible determinar que el peculado es un delito que de manera general se presenta en las instancias del servicio público, y puede ser cometido por autoridades, funcionarios, y demás servidores que ostentando un cargo dentro del cual sus responsabilidades estén ligadas a la administración de bienes, dinero y similares, opte por malversarlos, o sustraerlos para beneficio propio o de terceros.

5.2.4.1 *Historia y elementos del delito de peculado*

A nivel histórico el delito de peculado ha sido evidenciado en diversos códigos legales que datan inclusive de siglos previos a la era cristiana, y su estudio ha tomado mayor relevancia y complejidad según la ley y la jurisprudencia han ido evolucionando. A continuación se hace referencia a los principales hitos históricos en donde el peculado fue establecido como un delito.

- **Código o Leyes de Manú:** Este código data de aproximadamente el siglo III a.C., lo que implica que desde aquellos tiempos ya se tenían nociones sobre el manejo de los bienes públicos. En dicho código en su libro VII se establecen normas relativas a la

conducta que debían observar los reyes, refiriéndose así: “los empleados que llevan su perversidad hasta sacar dinero de los que tienen que tratar con ellos deben ser despojados por el rey de todos sus bienes y desterrados del reino” (Flores, 1982, citado en Paredes, 2009).

- **Código de Hammurabi:** Dicho código data del año 1760 a.C. aproximadamente, en su ley Nro. 6 establece: Si uno robó el tesoro del Dios o del palacio, recibirá la muerte y el que hubiere recibido el objeto robado merecerá la muerte. En ese sentido, no se habla específicamente de servidores públicos, sin embargo, se tiene claro la noción de la propiedad y/o bienes del Estado, y la forma en que se debería castigar el hurto de dichos bienes. (Ochoa, 2017)
- **Derecho Griego:** En los códigos griegos se presenta por primera vez la obligación de quienes ejercían cargos públicos, de dar cuenta de su gestión al final de la misma, sobre todo si esta estaba relacionada al manejo de dinero. (Valverde, 2018)
- **Derecho Romano:** En los códigos del derecho Romano es en donde el nombre del delito de peculado tiene sus antecedentes etimológicos. Dicha palabra era utilizada para describir el hurto de dineros o cosas pertenecientes al pueblo romano, y era un delito cometido por quien necesariamente estaba encargado de su administración. La denominación de peculado recaía directamente sobre el acto de dar a los dineros públicos, un destino diferente para el que estaban reservados, o al hecho de no registrar la totalidad de los recaudos. Entonces el robo del dinero público en el Derecho Romano era digno de castigo, y en ese tiempo quienes cometían estos actos eran inclusive considerados sacrílegos. Cabe indicar también que en Derecho Romano se tenía identificado al patrimonio del pueblo como el sujeto pasivo del peculado, pero exceptuaban las propiedades municipales y de las ciudades que se consideraban privadas. Se definió también que el peculado, podía ser cometido por un particular que no estaba ligado a un cargo público. Tiempo después se consideró que las propiedades de las ciudades, y de toda la administración pública, eran sujeto pasivo del peculado, y

que quienes incurrieran en este tipo de actos debían ser castigados con la mayor severidad que las leyes penales de ese tiempo estipulaban. (Paredes, 2009)

- **Derecho Canónico:** El peculado en este caso fue establecido en el siglo XIII para calificar los actos de hurto que eran cometidos por eclesiásticos que se apropiaban de bienes o rentas que le pertenecían a la iglesia, y que estaban a su cargo, debido a la función que desempeñaban. (Valverde, 2018)
- **Derecho Francés:** Después de la Revolución Francesa, en 1791 se establece el delito de apropiación indebida, en 1810 se introduce el delito de abuso de confianza. (Valverde, 2018)
- **Derecho Español:** Este derecho fue acogido en la época colonial en Latinoamérica y en Ecuador. En este código se estableció específicamente ya el Título VIII De los delitos de los empleados públicos en ejercicio de sus cargos, en cuyo capítulo sobre la malversación de caudales públicos se decía que se debía aplicar una sanción administrativa que inhabilitaba de manera perpetua y absoluta la capacidad de ejercer cargos públicos, y se castigaba con pena privativa de libertad. Los actos de peculado estaban directamente relacionados a la sustracción, extravió, usurpación, y malversación de caudales. (Valverde, 2018)
- **Derecho Ecuatoriano:** En lo que respecta al Derecho ecuatoriano el delito de peculado es regulado desde el **Código Penal de 1837**, en cuyo Capítulo III: Del extravió, usurpación y malversación de los caudales y rentas de los pueblos y establecimientos públicos, se establecía como sanciones: a) Privación del empleo; b) Multa del diez por ciento del caudal de que hubieren hecho uso; c) Si el importe no excedía de las fianzas que hubieren prestado en seguridad del manejo de los caudales públicos, serían declarados infames, condenados a obras públicas por dos a seis años, y, quedarían inhábiles por cuatro años para obtener empleo alguno. d) Si el importe excedía de las fianzas, serían declarados infames, privados de sus empleos, inhábiles perpetuamente

para obtener otros y condenados a obras públicas por cuatro a diez años. Estas sanciones podrían considerarse poco severas. (Ochoa, 2017)

Así mismo, en los **Códigos Penales de 1871, 1889 y 1906**, se establecen normas referentes al delito de peculado casi exactas, en los tres casos las disposiciones en torno a este delito se encontraban en el Capítulo IV: De los abusos y concusiones cometidos por funcionarios públicos, y las sanciones correspondientes eran las siguientes: a) Reclusión de 3 a 6 años; b) Si el abuso no excede la fianza, se aplicaba la mitad de la pena. En estos códigos queda excluido declarar infames a los involucrados, así como la sanción de obras públicas a quienes cometían peculado, sin embargo, en estos tres cuerpos legales se introduce la reclusión como sanción. (Ochoa, 2017)

Por otra parte, en el **Código Penal de 1938** se establecieron disposiciones sobre el delito de peculado en el Capítulo V: De la violación de los deberes de los funcionarios públicos, de la usurpación de atribuciones y de los abusos de autoridad, en el mismo las sanciones por la comisión de este delito eran principalmente las siguientes: a) Reclusión de 3 a 6 años; b) Si el abuso no excede la fianza, se aplicaba la mitad de la pena. Como se puede apreciar esta norma no difiere en gran medida de sus predecesoras, ya que se mantienen las mismas sanciones, que eran relativamente leves en relación al delito que se está analizando. (Ochoa, 2017)

En cuanto al **Código Penal de 1971**, en este se realiza una actualización al tipo penal del delito de peculado, sin embargo, las reformas realizadas fueron poco relevantes, y la sanción principal que se contempló en este código fue: a) Incapacidad perpetua para el desempeño de todo cargo o función pública tras la sentencia condenatoria. (Ochoa, 2017)

Con base a lo analizado es factible señalar que el delito de peculado se viene tratando desde hace varios siglos en diversos cuerpos legales, dejando como precedente el hecho de considerar la malversación, y hurto del dinero y bienes públicos por parte de funcionarios del Estado como ilícito condenable. Así mismo, es importante tener en cuenta que la legislación ecuatoriana, ha reconocido este delito como uno de los más probables a cometer por parte de funcionarios y servidores públicos, sin embargo, ha sido sancionado históricamente mediante penas poco rigurosas. Más adelante se revisará el tratamiento del delito de peculado en el actual COIP (2014).

En lo que se refiere a los elementos del delito de tipo penal Peculado se debe tener en cuenta que pueden ser objetivos y subjetivos. De este modo, y basándose en el artículo 278 del COIP (2014) se tienen los siguientes elementos:

1) Elementos objetivos

- **Sujeto activo:** Quienes pueden cometer delito de peculado son los siguientes: Servidores públicos, refiriéndose toda a persona que trabaje, preste servicios, o ejerza un cargo, función o dignidad dentro del sector público (Constitución de la República del Ecuador, 2008b).

Se incluye además a toda

Persona que actúe en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado y a los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del Sistema Financiero Nacional o entidades de economía popular y solidaria que realicen actividades de intermediación financiera. (COIP, 2014, p.107)

Constituyéndose todos en sujetos activos calificados, es decir, al estar tipificada la infracción penal se evidencia que no cualquier persona es autor del delito de peculado sino de manera exclusiva quienes han sido indicados en el Art. 278 del COIP.

- **Sujeto pasivo:** Se consideran víctimas directas del delito de peculado: el Estado, toda dependencia o institución a través de la cual el Estado se vea representado y las personas particulares que sean socios, depositarios, cuenta participes o titulares de los bienes, fondos o dineros de alguna de las instituciones del Sistema Financiero Nacional o entidades de economía popular y solidaria; convirtiéndose en sujetos pasivos calificados del delito de peculado por estar dentro de los elementos del tipo penal considerándose perjudicadas las personas quienes únicamente se encuentran detalladas en Art. 278 del Código Orgánico Integral Penal. (COIP, 2014)
- **Verbo Rector:** El verbo rector establecido en el COIP (2014) es “abusar”, lo cual se debe entender cómo “hacer uso excesivo, injusto o indebido de algo o de alguien”

(RAE citada en Ochoa, 2017). En este caso refiriéndose directamente a los bienes, servicios, u otro caudal del Estado, sus instituciones y dependencias.

Del mismo modo, Montenegro, (2019), hace referencia a que se deben tener en cuenta dentro del tipo penal Peculado los siguientes verbos: a) Distraer, que implica desviar los fondos públicos del Estado a un destino diferente al que estaban dispuestos; b) Apropiar, relativo a apoderarse de fondos del Estado para beneficio económico y lucro de los mismos; c) Disponer, hace referencia a hacerse cargo de bienes o servicios para utilizarlos a conveniencia propia de la persona con un fin determinado; y d) Aprovechar, que significaría el utilizar un bien o servicio del Estado para obtener provecho del mismo y obtener beneficios económicos.

- **Objeto material:** Referente al objeto sobre el cual recae el delito de peculado, de manera general se relaciona con caudales y efectos, es decir dinero público y bienes muebles. Así mismo el COIP (2014) considera también como objeto del delito a bienes inmuebles, empleo de trabajadores remunerados por el Estado siempre que impliquen lucro, estudios, proyectos, informes, resoluciones y más documentos calificados como secretos, reservados o de circulación restringida, así mismo fondos, bienes, dineros o efectos privados, cuando estos estén en poder, o se dispongan de ellos a razón del cargo del servidor público.
- **Elemento normativo:** El elemento normativo del delito de peculado, está dado en el Art. 278 (inciso primero) del COIP, al determinar que este delito es cometido por un funcionario público en “**virtud o razón de su cargo**”. En ese sentido este vocablo, permite referir que el funcionario/servidor público que comete peculado, necesariamente debe ejercer un cargo específico que le faculte encargarse de bienes y caudales del Estado, y por lo tanto sus funciones estarán determinadas conforme a lineamientos generales para el cargo que ostenta, y basado en una normativa que lo haya autorizado, la cual puede estar dada por una ley, o estar establecido en un contrato o reglamento. (Calle, 2011)

- **Elementos valorativos:** Los elementos valorativos son considerados cuestiones subjetivas a las cuales el intérprete (jueces, fiscales, demás administradores de justicia) le da valor de acuerdo a su modo particular de ver las cosas. En algunos cuerpos legales, los elementos valorativos hacen referencia a las buenas costumbres, la moral, el ánimo de apropiación, los fines deshonestos, etc. (Encalada, 2014)
En el caso del delito de peculado estos elementos no existen.

2) Elemento subjetivo

- **Dolo:** En la legislación ecuatoriana se establece la conducta dolosa para el delito de peculado, omitiendo así el peculado culposo. “La modalidad dolosa del peculado, está determinada por el conocimiento del sujeto activo en el carácter de bien público y de la relación funcional, así como de la intención de apropiarse o dar uso privado a los bienes” (Reátegui, 2012, citado en Ochoa, 2017). Esto significa que la conducta dolosa implica que un servidor público actúe en forma consiente y voluntaria con el objeto de defraudar al Estado.

3) Sujetos procesales

Según lo determinado en el Art. 430 del COIP (2014), los sujetos procesales son quienes intervienen de manera directa en el proceso penal, de este modo se tiene:

- **Víctima:** Persona natural o jurídica sobre la cual recae el hecho delictivo. Como se había señalado previamente en el caso del delito de peculado la víctima es el Estado y personas particulares que reciban afectación de alguna de las instituciones del Sistema Financiero Nacional o entidades de economía popular y solidaria.
- **Persona procesada:** En caso de peculado, la persona procesada regularmente será un servidor público (entendiéndose funcionarios, servidores o dignidades asignadas al servicio público), quien de forma dolosa hace uso indebido de los fondos estatales, títulos valores, o documentos, en beneficio propio o de terceros. Así como también son responsables los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del Sistema Financiero Nacional o entidades de economía popular y

solidaria que realicen intermediación financiera como lo establece el inciso séptimo del Art. 278 del COIP. (COIP, 2014)

- **Fiscalía:** Órgano Autónomo de la Función Judicial encargado de dirigir la investigación pre procesal y procesal penal. El fiscal inicia el proceso penal con la formulación cargos, solicita al juez la aplicación de medidas cautelares, emite dictámenes abstentivos o acusatorios, hasta obtener una sentencia.
- **Defensa:** Defensor público o privado, llamado a ejercer la defensa técnica del procesado. Este debe patrocinar los intereses de quien está siendo investigado por haber cometido el delito de peculado.
- **Sujetos contingentes:** Personas que intervienen de manera indirecta en el proceso penal en contra de la administración pública, por ejemplo la Procuraduría General del Estado, que por lo general interviene con la representación judicial del Estado, así como también con el patrocinio, asesoramiento legal y la absolución de consultas jurídicas a los organismos y entidades del sector público. (Constitución de la República del Ecuador, 2008b)

5.2.5 Teoría del delito de peculado

Como se ha analizado el delito de tipo penal Peculado se ha venido normando desde hace varios siglos atrás, y en el Ecuador su estudio y tratamiento no ha sido la excepción. De este modo, y teniendo claro sus orígenes y conceptualización cabe revisar lo establecido en la Constitución ecuatoriana vigente, así como en el Código Integral Penal actual.

5.2.5.1 *El peculado en la Constitución del Ecuador y Código Orgánico Integral Penal*

En la Constitución de la República del Ecuador se pueden identificar varios artículos en los cuales se establecen diferentes limitaciones, para quienes siendo parte del servicio público cometan delitos que vayan en contra de la eficiencia de este sistema en sus diversos niveles, así se tiene por ejemplo que en el Art. 129 de este cuerpo legal, se establece que la Asamblea Nacional está facultada para proceder al enjuiciamiento político del Presidente(a) y Vicepresidente(a), si estos incurrieran en delitos de “concusión, cohecho, **peculado** o enriquecimiento ilícito” (Constitución de la República del Ecuador, 2008b, p.56). Para lo cual se requiere contar con varios requisitos como el dictamen de admisibilidad de la Corte

Constitucional, y pruebas de descargo, que les permitan a los legisladores resolver la censura y destitución de estas autoridades.

Así mismo, en el Art. 233 de la Constitución se determina que ningún 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” (Constitución de la República del Ecuador, 2008b, p.121). Se acota además, que los servidores públicos podrán ser sujetos a sanciones dadas por ley si se comprueba el cometimiento de 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.

Por otra parte en el Art. 225 de la Constitución se aclara que comprende el sector público en el Ecuador, permitiendo definir quiénes podrían estar expuestos a sanciones de cometer delito de peculado, sean estas dignidades de elección popular, o funcionarios y servidores que presten su contingente en los siguientes organismos o dependencias:

- 1) Organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social; 2) Entidades que integran el régimen autónomo descentralizado; 3) 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; y 4) Personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos. (Constitución de la República del Ecuador, 2008b, p.118)

En lo que corresponde al Título IV de la Constitución en su Sección quinta sobre las Organizaciones Políticas, en su Art. 113 se establece que no podrán ser candidatas o candidatos de elección popular: “quienes hayan recibido sentencia condenatoria ejecutoriada por delitos sancionados con reclusión, o por cohecho, enriquecimiento ilícito o **peculado**” (Constitución de la República del Ecuador, 2008b, p.52)

De este modo en la Constitución vigente se establece que los servidores públicos que cometan peculado tanto la acción como la pena serán de carácter imprescriptible. Lo demás referente al delito de peculado, respecto a los sujetos activos, sujetos pasivos y objeto material que estarían relacionados a este tipo penal se encuentra tipificado en el Art. 278 COIP.

Para realizar un análisis más específico en torno al delito de peculado y su tratamiento en el país, a continuación se revisa lo estipulado en el COIP vigente.

Se tiene entonces que dentro del Título V sobre los Ámbitos de aplicación se encuentra el Art. 16 numeral 4 respecto del Ámbito temporal de aplicación, que los sujetos del proceso penal y las o los juzgadores deben observar que: “Las infracciones de agresión a un Estado, genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas, **peculado**, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito y las acciones legales por daños ambientales son **imprescriptibles** tanto en la acción como en la pena” (COIP, 2014, p.36).

Este artículo permite determinar que el peculado es sin duda alguna un delito en contra del Estado, y que bajo ninguna circunstancia, ni en el ámbito temporal este prescribirá. Esto es reforzado en el Art. 75 sobre la Prescripción de la pena, en donde se vuelve a referir que el peculado es uno de los delitos que no prescribe en el tiempo.

Ya de manera más específica en la Sección Tercera sobre los Delitos contra la eficiencia de la administración pública, en su Art. 278 sobre Peculado se define lo siguiente:

Las y los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, en beneficio propio o de terceros; abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años. (COIP, 2014, p. 107)

Como se puede apreciar en el primer inciso del Art. 278 queda determinado como sujeto activo del delito los servidores públicos, como sujeto pasivo el Estado, como objeto

material todo bien dinero y demás efectos que estén en poder del servidor público debido a su cargo. Del mismo modo, queda determinado que la sanción primordial está ligada a la privación de la libertad. También dentro del mismo artículo inciso cuarto se establece que más personas son sujetos activos y pasivos calificados dentro de la infracción penal de peculado, se contempla a los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del Sistema Financiero Nacional o entidades de economía popular y solidaria que realicen actividades de intermediación financiera y como perjudicados se recalca a socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, fondos o dineros de alguna de las instituciones antes descritas. Coligiendo que no únicamente los servidores públicos cometen peculado sino también los descritos en líneas anteriores, siendo el objeto de estudio el peculado genérico teniendo en cuenta que existe además el peculado bancario o de las instituciones financieras.

Por otra parte, se hace referencia a que si el sujeto activo del peculado al aprovecharse de los recursos del Estado ha logrado lucro alguno o incremento patrimonial, será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a siete años. Esta misma pena aplicará para quienes se beneficien de “estudios, proyectos, informes, resoluciones y más documentos, calificados de secretos, reservados o de circulación restringida, que estén o hayan estado en su conocimiento o bajo su dependencia” (COIP, 2014, p.107)

Esto implica entonces que el peculado en el Ecuador no solo se comete en contra de bienes, o dinero, sino que por el hecho de abuso de confianza se lucre a partir de documentación que contenga información reservada.

Del mismo modo es importante señalar, que en el Art. 278 también se determina que son responsables de peculado “los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del Sistema Financiero Nacional o entidades de economía popular y solidaria que realicen actividades de intermediación financiera” (COIP, 2014, p.107). Lo mismo aplicaría para quienes formen parte de directorios o consejos administrativos de dichas entidades, quienes dispongan fraudulentamente, se apropien o distraigan fondos, bienes, dineros o efectos privados, causando perjuicio económico a socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, fondos o dineros. En este caso los implicados serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años. (COIP, 2014)

Por otra parte, se hace referencia a que “la persona que obtenga o conceda créditos vinculados, relacionados o intercompañías, violando expresas disposiciones legales respecto de esta clase de operaciones, en perjuicio de la Institución Financiera, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años” (COIP, 2104, p.108). Esta misma pena aplicará para quienes intervengan en el cometimiento de este ilícito y a la persona que preste su nombre para beneficio propio o de un tercero

En el último inciso del Art. 278 se indica que quienes sean sentenciados por peculado “quedarán incapacitados o incapacitadas de por vida, para el desempeño de todo cargo público, todo cargo en entidad financiera o en entidades de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera” (COIP, 2014, p.108).

Se podría decir que en este artículo del COIP queda cubierto por completo el tema peculado y sus sanciones en el país, que podrían ir desde los siete a los 23 años de prisión, hasta la inhabilitación de por vida para ejercer cargos públicos. Cabe también destacar el hecho de que se tenga en cuenta a los servidores de entidades financieras que afecten a los bienes y caudales privados, como posibles hechos de peculado. A simple vista, sería posible afirmar que la justicia cuenta con disposiciones claras en torno a este tema, sin embargo, al parecer existen severos vacíos legales que han dado paso a que muchos de los implicados en peculado nunca hayan cumplido sentencias, por ejemplo una de estas causas sería el juicio en ausencia que de un modo u otro ha permitido a los implicados evadir responsabilidades.

En el Art. 581 sobre las Formas de conocer la infracción penal se determina que para el ejercicio de la acción penal por el delito de peculado, al constituirse un presupuesto de procedibilidad, debe existir un informe previo sobre indicios de la responsabilidad penal que deberá ser emitido por la Contraloría General del Estado - CGE. (COIP, 2014)

Esto conllevaba a que era prácticamente imposible tomar acciones sobre los posibles implicados en un delito de peculado, sino se contaba previamente con un informe de la CGE, que no necesariamente se presentaba con la celeridad debida. Por tal motivo, en el 2019, la Corte Constitucional del Ecuador emitió la sentencia No. 5-13-IN/19, a través de la cual se declaró la inconstitucionalidad de la resolución en el inciso final del Art. 581 previamente citado. Dejando inhabilitada la necesidad de un informe de la CGE como

requisito para iniciar investigaciones, y habilitando a la Fiscalía a iniciar el proceso penal prescindiendo de tal informe, y además se planteó la posibilidad de reabrir investigaciones que habían sido archivadas por no contar con un informe de la CGE. (Encalada, 2019)

La Corte Constitucional emitió la sentencia antes mencionada, en función de las diversas demandas de inconstitucionalidad que señalaban que el requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito era inconstitucional, esto debido a que en el Art. 233 de la Constitución de la República se determina que estos delitos son imprescriptibles, sin embargo, en el Art. 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, se establece que la facultad legal para realizar estos informes caduca en siete años (LOCGE, 2002, citado en Encalada 2019).

Por lo tanto, en la práctica la regla de imprescriptibilidad no se habría estado cumpliendo, ya que si en esos siete años no se emitía el informe con indicios de responsabilidad penal, con la vigencia de las normas impugnadas, no se podría iniciar el proceso penal de manera definitiva. La Corte Constitucional, en la sentencia acogió este argumento ya que si bien el Art. 581, inciso final, del COIP no es contrario directamente al Art. 233 de la Constitución de la República, en la práctica hace que la regla de la imprescriptibilidad pierda eficacia al subordinar el ejercicio de la acción penal al juzgamiento administrativo previo, que tiene un plazo de caducidad en la ley. (Encalada, 2019)

El argumento decisivo para dictar la sentencia No. 5-13-IN/19, se fundamentó en las competencias constitucionales de la Fiscalía General del Estado, derivadas del sistema procesal penal vigente en el Ecuador, que es el Sistema Acusatorio. En el Art. 195 de la Constitución de la República, (2008), se establece que el ejercicio de la acción penal en los delitos de acción pública recae en la FGE, lo que implica que únicamente Fiscalía tiene la atribución de iniciar un proceso penal con la formulación de cargos, cuya decisión no está supeditada a autorización alguna de un juez, y mucho menos de otras instituciones públicas, como la Contraloría General del Estado. Por tanto, la Corte Constitucional determinó en sentencia que el Art. 168 de la Constitución de la República garantiza la autonomía de la Fiscalía, la cual le permite investigar y acusar sin interferencias externas de otros organismos públicos. De este modo, el informe de Contraloría como requisito de

procedibilidad restringía las competencias constitucionales de Fiscalía, cuestión que quedó inhabilitada mediante la resolución tomada por la Corte Constitucional. (Encalada, 2019)

Como se puede apreciar tanto en la Constitución como en el Código Integral Penal, el delito de peculado se encuentra reconocido, tipificado, y normado. Por tanto, para cada caso que se ha presentado o se presente en el servicio público, la justicia cuenta con las herramientas, elementos, y aspectos sancionatorios, que permiten la investigación, juicio y sentencia para los actores que incurran en dicho delito.

Unidad III

5.2.6 Administración de justicia en el Ecuador por el delito de peculado

Al hablar del delito de peculado en el Ecuador se debe tener presente los hechos de corrupción en los cuales la justicia ecuatoriana ha debido intervenir. La corrupción conceptualmente podría considerarse como “un conjunto de conductas ilícitas o ilegítimas realizadas por servidores públicos o privados para favorecer intereses propios o de terceros, a través del uso de espacios de poder, afectando intereses públicos o colectivos” (Plan Nacional de Prevención y Lucha contra la Corrupción, 2013-2017, citado en Salazar, 2019, p.3).

El peculado al ser un delito de corrupción caracterizado por cometerse en el servicio público y en gran medida dentro de esferas de poder, genera un impacto negativo a nivel económico, social, cultural, educativo, y por supuesto en el ámbito de la justicia. Los delitos de corrupción como el peculado, pueden ligarse directamente con el impedimento del desarrollo de los países, el incremento de la pobreza y el debilitamiento de los sistemas judiciales. (Salazar, 2019)

Por su parte Coello, (2019) quien actualmente es directora de Política Criminal de la Fiscalía General del Estado, señala que a pesar de que los Sistemas de Justicia a nivel latinoamericano al parecer cuenta con mejores estructuras legales, que les permitirían administrar justicia de manera eficiente en casos de corrupción como el peculado, se podría argumentar que los esfuerzos anticorrupción representan un gran fracaso de la política pública. En el caso del Ecuador no es diferente, y ha surgido la interrogante en torno de por

qué si se destinan tantos recursos para combatir la corrupción, y empoderar el sistema de justicia, no se logran ver cambios tangibles. A lo que se podría responder, que tanto a nivel judicial, como en otros niveles de gobierno, aún no se ha entendido a profundidad lo que es la corrupción, sus implicaciones sistémicas, la magnitud real de los delitos ligados a este concepto y las causas que lo originan.

Así mismo, cabe mencionar que la generación de políticas anticorrupción tiene como debilidad el hecho de que no se puede medir su impacto real, ya que la mayoría de los índices existentes sobre corrupción se basan en percepciones que se tornan guías superficiales para el sistema de justicia. Es importante tener en cuenta también, que la naturaleza de los delitos relativos a la corrupción es secreta, y al no contar con una víctima directa no todos estos actos son denunciados, lo que entorpece la administración de justicia en casos de peculado y delitos similares. (Coello, 2019)

Del mismo modo, hay que acotar que existe un alto nivel de desconfianza en el sistema de justicia ecuatoriano, que conjuntamente con la falta de garantías integrales y laborales para quien se atreve a denunciar, se genera el ambiente propicio para que la corrupción germine, y al parecer se perennice.

Arteño, (2017) indica que los actos de corrupción en el servicio público, propician evidentemente el enriquecimiento ilícito, el cual podría resultar de actos ilegales muy variados como el peculado, el contrabando científico, el tráfico de influencias, el cohecho, la concusión, las negociaciones incompatibles, el prevaricato, y el nepotismo, por mencionar algunos.

Se podría decir entonces, que un indicio de enriquecimiento repentino, en las esferas del servicio público, evidenciaría actos de enriquecimiento ilícito, ligados obviamente a delitos en contra del Estado, sin embargo, este tipo de presunciones, aun cuando cuenten con algún fundamento, no pueden ser usados por el sistema de justicia como base para iniciar procesos de administración de justicia.

Por otra parte, es necesario aclarar que a pesar de que se han incorporado a la norma penal, tipos legales que se originan del delito de peculado, y que de alguna manera se ha podido aplicar de forma directa la norma correspondiente desde el sistema de administración de justicia, este muchas veces ha visto entorpecido su actuar debido a ciertos intereses de

carácter político y gubernamental, lo que ha generado consecuencias para el sistema judicial, ya que se le ha tornado complejo el poner en práctica una técnica efectiva para sancionar y castigar el peculado. (Haro, 2018)

Un tema que se viene arrastrando desde hace varias décadas hasta la actualidad, es la incidencia que tiene la falta de voluntad política sobre la administración de la justicia. Particularmente en Ecuador esta escasa “voluntad” ha causado que las prácticas para erradicar delitos de corrupción como el peculado, no generen resultados alentadores, esto macado por el hecho de que quienes están encargados de la administración de justicia tienen algún tipo de filiación política o responden a intereses de clase. Así mismo, parece evidente que existe algún tipo de debilidad en las leyes destinadas a sancionar delitos de corrupción, así como una especie de complacencia por parte de quienes están llamados a impartir justicia en estos casos, quienes al momento de aplicar la ley o al emitir sus fallos, no sancionan o lo hacen de manera leve. (Paredes, 2009)

En ese sentido, no debería haber el menor temor por parte de los jueces y demás funcionarios que aportan a impartir justicia, en cuanto a aplicar la norma respectiva, y se debería evitar la injerencia política en la administración de justicia, ya que su influencia es la principal causa para que en el Ecuador los casos de peculado queden en la impunidad.

Sierra, (2015), por su parte manifiesta que la administración de justicia ve afectada su labor al momento de sancionar el delito de peculado, ya que en base a los derechos y justicia, los jueces y administradores judiciales deben cumplir con garantías, principios y derechos constitucionales, que les permitan una aplicación efectiva del principio de proporcionalidad de la pena, sin embargo, esto se ve cuartado por el hecho de que en el Art. 278 del COIP (analizado previamente), existe una desproporción que no permite un análisis estructural y técnico que contribuya a establecer la pena en proporción a los montos o bienes en los que fue afectado el Estado, lo que conlleva a que se dé una falta de aplicación del principio constitucional en los procesos de peculado.

Con base a lo citado, sería factible afirmar que los vacíos legales existentes en el COIP, la Constitución y demás cuerpos legales que aportan a regular los delitos de corrupción, son la base de las inconsistencias que se presentan al momento de administrar justicia en casos en donde el Estado se ha visto perjudicado, y por tanto, siempre será necesario hacer reformas

de base que no solo implican una mejor redacción de los artículos, sino consideraciones de fondo, que permitan abarcar la profundidad que ameritan los delitos de corrupción, y la aplicación eficiente de justicia.

Según la Fiscalía General del Estado:

Los informes de indicios de responsabilidad penal de Contraloría, han permitido a los administradores de justicia determinar si existían infracciones conexas de la misma o distinta gravedad, de un mismo sospechoso en una o varias acciones con respecto a delitos de corrupción, principalmente peculado. Según esta entidad esto generaba una especie de economía procesal, además, indican que esto aportaba a un mayor control y monitoreo de avances en los casos juzgados por perjuicio al Estado, y que una vez evacuadas todas las diligencias a los que estos informes aportaban, se podía contar con los suficientes elementos de convicción para determinar la materialidad y la presunta responsabilidad para el sospechoso. (FGE, 2016, pp. 6-7)

Sin embargo, Encalada, (2019), basado en la sentencia No. 5-13-IN/19 de la Corte Constitucional del Ecuador, indica que la Fiscalía General del Estado veía su labor restringida debido a la necesidad de esperar a contar con el informe de indicio de responsabilidad penal para actuar sobre los sospechosos. Con la declaratoria de inconstitucionalidad en torno al último inciso del Art. 278 del COIP, que permite prescindir del informe de Contraloría, esta restricción se anula, permitiendo el ejercicio inmediato de la acción penal en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito.

Como se ha podido analizar, existen diversos factores que aportan o que interfieren, para que la administración de justicia en casos de peculado, o cualquier otro delito de corrupción, puedan ser resueltos eficientemente. Desde los vacíos legales que aún no se logran corregir en los cuerpos normativos, hasta la injerencia política que puede influir en los administradores de justicia, todos se constituyen en causales que llevan a la ciudadana a desconfiar de la función judicial, y su eficiencia, teniendo en cuenta además que muy pocas condenas en los casos sentenciados de peculado se han cumplido, y que en la mayoría de los casos no se ha logrado recuperar los caudales sustraídos al Estado.

Por tal motivo, es importante generar condiciones adecuadas para que la ciudadanía se sienta respaldada al presentar una denuncia por casos de corrupción en el servicio público, así mismo es necesario potenciar la prevención, e investigación de la corrupción para evitar el cometimiento de este tipo de delitos, y sobre todo trabajar en fortalecer el sistema de administración de justicia del país, para impedir que los casos de peculado queden en la impunidad, lo que implica para los organismos que imparten justicia un reto, para acreditarse ante la ciudadanía, como entes que en realidad investigan y sancionan la corrupción en el país.

5.2.7 Análisis de la declaratoria de emergencia en la provincia de Chimborazo

Según lo analizado en la Unidad I de esa sección, se ha determinado en Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que las situaciones que ameritan una declaratoria de emergencia en las distintas entidades públicas, son aquellas que están relacionadas a catástrofes y fenómenos naturales, accidentes, actos de grave conmoción interna, acciones de inminente agresión externa, guerras, y otras relativas a fuerza mayor o caso fortuito.

Teniendo en cuenta que debido a la declaratoria de emergencia, es factible para las instituciones públicas hacer inversiones y gastos prácticamente inmediatos saltándose el régimen regular, lo cual al parecer es lo que ha detonado la mayor parte de casos de delitos de corrupción en el país, es importante tener claro las motivaciones que llevan a la resolución de declaratorias de emergencia en los organismos públicos del Ecuador, y más específicamente en la provincia de Chimborazo.

De este modo a continuación se presentan varios casos en los cuales GAD de todos los niveles, instituciones educativas de nivel superior, empresas públicas, entidades del servicio de salud y similares, han resuelto declararse en emergencia.

Las declaratorias de emergencia más recientes se han dado justamente en el año 2020, en el marco de la pandemia de la COVID 19, por lo cual la mayoría de instituciones públicas de la provincia de Chimborazo han debido tomar las resoluciones pertinentes para afrontar dicha pandemia.

De manera general y como factor común, las diversas instituciones que serán analizadas en esta sección, justifican sus resoluciones de emergencia en varios artículos de la Constitución de la República del Ecuador correspondientes a garantizar derechos, deberes del Estado, protección a sectores vulnerables, atención preferente en emergencias, derecho a la salud, estado de excepción, potestad de los GAD, así como también en la declaratoria de pandemia global de la Organización Mundial de la Salud (OMS – 11/03/2020), y teniendo en cuenta varios cuerpos legales como la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (LOCGE), el Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización (COOTAD), Código Orgánico Administrativo, Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, la Ley de Seguridad Pública y del Estado, la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública (LOSNC) y en Resoluciones y Circulares provenientes del SERCOP previas en durante el estado de emergencia. En todos estos medios legales se asientan varias normas que regulan a los GAD, empresas públicas, y demás instituciones del servicio público, mismas que hacen referencia a las competencias de estos, al uso de recursos durante situaciones de emergencia, y a los procedimientos legales a seguir.

Así mismo, las instituciones públicas se han fundamentado en el Decreto Ejecutivo 1017 (16/03/2020), en el que se declara estado de excepción a nivel nacional; en el Informe técnico para declaratoria de emergencia por la COVID 19 (11/03/2020) en donde se sugiere declarar en emergencia el Sistema Nacional de Salud; en el Acuerdo Ministerial 00126-2020 (12/03/2020) del Ministerio de Salud Pública – MSP, declarando estado de emergencia en los establecimientos de salud pública; y en la resolución del Comité de Operaciones de Emergencia Nacional – COE (14/03/2020), en donde se resuelve tomar medidas para evitar contagios por COVID 19.

A continuación se presentan las bases legales específicas por cada resolución de emergencia emitida por las instituciones públicas de la provincia, seleccionadas para ser analizadas en la presente investigación:

1) GAD de la Provincia de Chimborazo – Resolución No. 0021-2020-GADPCH: El GADPCH fundamenta su resolución de emergencia teniendo en cuenta la Ordenanza 02-A-2015-GADPCH, referente a la codificación al Estatuto del Patronato del GADPCH, en

donde se establece la función de ofertar servicios de salud para atender a población en riesgo y perteneciente a sectores vulnerables. Así mismo fundamenta su decisión en la Resolución Administrativa N° 0016-2020 (16/03/2020), mediante la cual el Prefecto de la provincia delega a la Dirección General Administrativa tomar las acciones pertinentes en función de la declaratoria de emergencia, permitiendo así que se adopten medidas urgentes y transitorias, ya que la situación es **concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva**. Se autoriza así mismo la ejecución de procesos contratación pública observando la ley.

Por otra parte, se hace referencia al memorando GADPCH-DGGS-RMS-2020-053 (16/03/2020), en el cual se determina la viabilidad jurídica para la delegación realizada por el Prefecto, y a través de memorando GADPCH-DGFI-2020-0169 (16/03/2020), se emite la respectiva certificación presupuestaria refiriéndose a Egresos por situación de Emergencia.

De este modo, una vez determinadas las bases legales pertinentes el GADPCH resolvió principalmente: 1) Declarar emergencia institucional administrativa en el GADPCH, con el fin de atender a grupos de atención prioritaria en la provincia; 2) Autorizar mediante Procedimiento de Emergencia, la contratación para de bienes y servicios que se requieran para prevenir y superar la situación de emergencia; 3) Disponer a la Jefatura de la Unidad de Gestión de Riesgos realizar las gestiones para la provisión de recursos; y 4) Disponer al responsable de la Unidad de Compras Públicas el control y supervisión de las adquisiciones que se realicen durante la emergencia, así como la verificación de existencia de un nexo entre la emergencia y la necesidad de ejecutar una contratación, además se indica que no podrá realizar contrataciones que no estén relacionadas al contexto de la emergencia, y el deber de publicar en el portal de Compras Públicas el informe correspondiente al finalizar la emergencia.

2) GAD Municipal del Cantón Riobamba - Resolución Administrativa No. GADMR-ALC-2020-0002-R: En este caso el procedimiento para emitir la respectiva resolución emergencia, parte de las reuniones de trabajo convocadas mediante memorandos emitidos por el Alcalde de la ciudad, al fungir como Presidente del COE Municipal; por otra parte se toma en cuenta la Resolución Administrativa No. 2020-161-SEC, mediante la cual se dispuso la suspensión de la jornada laboral en todas las dependencias del GAD Municipal Riobamba, exceptuando de esa medida a los servidores de dependencias

fundamentales durante la emergencia sanitaria, quienes debían observar las medidas de seguridad e higiene necesarias. Así mismo, se toma en cuenta el memorando Nro. GADMR-GA-SE-2020-001-2020, en donde se indica la necesidad de dotar de equipos, insumos y productos antisépticos y de desinfección preventivos, para la protección de la salud de los servidores municipales que realizan trabajo de campo durante la emergencia sanitaria, y ayuda humanitaria, así como el reporte de situación nacional por COVID-19 (19/03/2020), en donde se informa la existencia de 260 casos confirmados a nivel nacional, de los cuales 2 correspondían a la provincia de Chimborazo.

En base a lo antes citado el GAD Municipal Riobamba resolvió principalmente: 1) Declarar la emergencia en el cantón Riobamba, observando la LOSNCP, con el fin de atender de manera urgente las adquisiciones que han surgido de manera **imprevista** para enfrentar la emergencia sanitaria; 2) Disponer a la Directora General de Gestión Administrativa proceda a realizar las contrataciones de obras, adquisición de bienes, prestación de servicios para enfrentar la emergencia sanitaria en el cantón, así como elaborar el informe técnico final de resultados para el SERCOP; 3) Disponer a la Dirección General de Gestión Financiera ejecutar las acciones presupuestarias que sean necesarias para cubrir la emergencia; 4) Publicar la resolución de emergencia en el portal de Compras Públicas; y 5) Disponer la publicación de la resolución de emergencia en página web Institucional, así como notificar el contenido de la misma a todas las direcciones del GAD Municipal Riobamba.

3) GAD Parroquial Rural de Palmira – Resolución Administrativa No. 017: De manera más simplificada este GAD, mediante sesión extraordinaria (17/03/2020) de la junta parroquial resolvió principalmente: 1) Declarar en emergencia la parroquia rural Palmira, y hacer uso de fondos económicos y bienes del GAD parroquial, para atender la emergencia rural, especialmente a grupos de atención prioritaria; 2) Activar la Comisión Parroquial para Emergencias con el fin de establecer un sistema de información de prevención de contagios, y suscribir convenios de cooperación interinstitucional; 3) Difundir a través de medios de comunicación medidas de prevención para proteger a la ciudadanía, 4) Adquirir y entregar a las comunidades kits de prevención y suministros de

aseo; y 5) Suspender la feria Agroecológica dominical, así como las labores del personal del GAD parroquial.

4) Dirección Distrital de Salud 06D03 Cumandá/Pallatanga – Resolución No. 020-2020-06D03: En el caso de esta entidad de salud se hace referencia a los factores generales antes vistos, así como al Acuerdo Ministerial 4922, de la creación de esta dirección, y se establece que la Directora Distrital, en su calidad de representante del MSP, por sí misma resuelve principalmente: 1) Acogerse al estado de Emergencia Sanitaria decretado por el MSP; 2) Autorizar la contratación de obras bienes que se requieran para superar la situación de emergencia sanitaria, para lo cual la Unidad de Adquisiciones deberá observar lo establecido en la LOSNCP y demás normativa vigente; 3) Nombrar al personal necesario para la planificación, coordinación y adquisición de insumos médicos, prendas de protección y material de aseo; y 4) Disponer la publicación del informe final detallado en el portal de Compras Públicas una vez termine el periodo de emergencia sanitaria.

5) Universidad Nacional de Chimborazo – Resolución No. 0011-PC-UNACH-2020: Esta institución de educación superior se fundamentó en primera instancia en la Resolución de Consejo Universitario No.002-CU-DESN, (23/03/2020) en la cual se resolvió la declaratoria de emergencia en la institución para contrataciones que permitan enfrentar la situación de emergencia sanitaria del país. Se tiene en cuenta además el Estatuto Institucional, en el cual se indica que el Rector es la primera autoridad ejecutiva de la Institución, y que será la autoridad responsable del proceso gobernante de gestión estratégica institucional, así mismo se pone de manifiesto que el Coordinador de Gestión de Compras Públicas a través de oficio No. 0341-CPUBLICAS-UNACH-2020, sugiere se Declare en Emergencia a la Universidad Nacional de Chimborazo para contrataciones que permitan enfrentar la situación de emergencia sanitaria del país. De este modo y con base a lo indicado el Rector de la UNACH en función de sus atribuciones resolvió principalmente: 1) Declarar en emergencia a la Universidad Nacional de Chimborazo, para contrataciones que permitan enfrentar la situación de emergencia sanitaria del país, las cuales deben ser verificadas en función de su relación directa y objetiva entre la situación de emergencia y la urgencia de efectuar un procedimiento de contratación; 2) Las contrataciones que se

efectuaren al amparo de la presente Resolución, se sujetarán a los procedimientos en situaciones de emergencia, y bajo lo previsto en la LOSNCP, su reglamento, y resoluciones emitidas por el SERCOP; y 3) Se ordena el ingreso de la resolución al portal Compras Públicas.

6) Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Riobamba – Resolución Administrativa No. 073-2020: La Empresa Pública EMAPAR fundamenta su declaratoria de emergencia en la Resolución Administrativa No. GADMR-ALC-2020-0002-R, mediante la cual el Alcalde Ing. Napoleón Cadena declara en Emergencia el cantón Riobamba como consecuencia de la propagación de la COVID 19. Así mismo, se tiene en cuenta la Ordenanza No.001-2010 de la EP EMAPAR, en la cual se dispone los deberes y atribuciones del Gerente General, quien ejerce la representación legal, judicial y extrajudicial de la EMAPAR, por tanto en uso de sus atribuciones el Gerente General resolvió principalmente: 1) Declarar en Emergencia Sanitaria y Ambiental a la EP EMAPAR, por lo cual se autorizó la contratación por emergencia con el fin de precautelar el funcionamiento del sistema de agua potable y alcantarillado, así como para proteger a funcionarios y trabajadores de la EMAPAR; 2) Disponer se realicen las acciones que se requieran para atender de manera urgente las adquisiciones de bienes o servicios que han surgido por caso fortuito o fuerza mayor, y se dispone a la Unidad de Gestión Financiera la priorización de recursos económicos para enfrentar las contingencias derivadas de las emergencias, así como realizar los pagos respectivos de las adquisiciones dentro del marco de la ley; 3) Disponer al Director de la Unidad de Gestión Administrativa intervenga en el proceso de contratación de emergencia, encargándose de administrar y supervisar los procedimientos correspondientes, así mismo se establece que a través de la Unidad de Contratación Pública se elaborará y presentará el informe final de resultados en el portal Compras Públicas; 4) Las Direcciones de Gestión en base a los pedidos de las jefaturas o de los funcionarios competentes, deberán justificar los mismos, a través de informes técnicos u otros documentos respalden la necesidad excepcional de adquirir un bien o servicio para la mitigación de la pandemia de la COVID 19, se aclara además que la resolución emitida no ampara contrataciones que no se relacionen a la declaratoria de emergencia; y 5) Se dispone publicar la resolución en el portal de Compras Públicas.

Como se ha podido apreciar en los seis casos analizados, las resoluciones emitidas se dan bajo el marco de diversas leyes, que respaldan una declaratoria de emergencia en el país, así mismo, las resoluciones se sujetan a demostrar que las instituciones están frente a una situación de emergencia **concreta, inmediata, imprevista, probada, y objetiva**, como es el caso de la pandemia de la COVID 19. Cabe también destacar, que en todas las resoluciones se aseguran de hacer referencia a los procedimientos que exige el SERCOP y la LOSNCP en cuanto a las contrataciones de emergencia y lo que esto implica, y de nombrar un responsable directo para ello. Así mismo, se aseguran de dejar claro que si las contrataciones no repoden a la situación de emergencia, la resolución no lo amparara. En ese sentido, las instituciones como tal estarían deslindándose de cualquier responsabilidad en el caso de darse un delito de corrupción como el peculado o cualquier otro, que podría ser cometido por sus funcionarios o servidores, con pretexto de la declaratoria de emergencia.

Es importante señalar que en años previos se han dado varias declaratorias de emergencia en diferentes cantones de la provincia de Chimborazo, que valen la pena analizar, con el fin de establecer una comparativa con los procedimientos actuales. Se describen de manera breve los siguientes casos:

- **GAD Municipal del Cantón Guamote – Resolución Administrativa No. 007-A-GADMCG-2011:** En la cual se resuelve declarar en emergencia al cantón debido al fuerte temporal invernol, con el fin de protegerá a la población de inundaciones, daños en servicios básicos, vías, y a sus actividades productivas. En este caso se dispone el solicitar directamente al Gobierno Nacional los fondos necesarios para enfrentar la emergencia, así mismo se dispone asumir competencias temporales, y solicitar apoyo interinstitucional.
- **GAD Municipal del Cantón Penipe – Resolución de Declaratoria de Emergencia No. 328-2015:** En esta se resuelve declarar en emergencia las parroquias Bilbao, Puela y otros sectores del cantón Penipe, debido a la actividad del volcán Tungurahua. Se autoriza las contrataciones pertinentes que aporten a prevenir, mitigar, y dar respuesta a la emergencia, observando lo establecido en los marcos legales. Se

establece que los gastos que se hagan en bienes y servicios deberán estar respaldados con certificaciones presupuestarias, y que la Resolución debería ser publicada en el portal de Compras Públicas.

- **Secretaría de Gestión de Riesgos – Resolución de Emergencia No. SGR-04-2015:** En la resolución emitida por esta institución se resuelve cambiar el nivel de alerta de amarillo a naranja, en las zonas de influencia del volcán Tungurahua, así mismo se declara la situación de emergencia para brindar asistencia humanitaria, se autorizan las acciones que se requieran para afrontar la emergencia. Se dispone la publicación de la resolución, y del correspondiente informe final en el portal Compras Públicas.
- **GAD Municipal del Cantón Cumandá – Resolución Administrativa de Declaratoria de Emergencia No. 030-2016-GADMCC:** En esta resolución se resuelve declarar en emergencia al cantón Cumandá por los efectos adversos del Fenómeno del Niño, se dispone movilizar todo el contingente material y humano del GAD, así como la coordinación interinstitucional de apoyo. Se autoriza al Departamento Financiero priorizar recursos económicos para hacer frente la situación de emergencia, así mismo se dispone la publicación de la resolución y del informe final, una vez culmine la emergencia, en el portal de Compras Públicas.

De maneja general las resoluciones analizadas de entre los años 2011 a 2016, responden a emergencias dadas por fenómenos o desastres naturales, lo cual la ley sin duda alguna considera situaciones de emergencia concretas, inmediatas, imprevistas, probadas, y objetivas. Estas resoluciones se fundamentan en los mismo marcos legales que las que se han emitido durante el año 2020, sin embargo, en la del caso del GAD Guamate-2011, no se hace referencia alguna a los procedimientos del SERCOP o a la LOSNCP, esto debido a que varias de las reformas a esta ley recién se dieron entre el 2015 y 2016, por tanto esta resolución, no respondió como tal a los procedimientos de emergencia del SERCOP. Los otros casos son de resoluciones que justamente se emitieron entre el 2015 y 2016, y por tanto ya se considera establecer en las mismas las respectivas referencias al SERCOP y sus procedimientos, sin embargo, no se hace mayor descripción, ni se profundiza, como si ha sido el caso de las que se han emitido durante el 2020.

Como se ha podido analizar, las resoluciones de emergencia en la provincia de Chimborazo, han buscado responder a emergencias reales, por lo cual ha sido factible para las instituciones públicas involucradas, seguir los procedentitos respectivos que les permitieron hacer uso de recursos económicos, y efectuar contrataciones saltándose el régimen regular, con el fin de responder a las situaciones de emergencia.

5.2.8 Estudio de procesos por peculado

5.2.8.1 Caso agua potable EMAPAR

5.2.8.1.1 Datos generales del caso

- **Órgano de administración de justicia:** Corte Provincial de Justicia de Chimborazo
- **Demandados/Procesado:** Ángel Yánez (ex Alcalde de Riobamba), Carlos Arguello, Ángel Obregón.
- **Actor(es)/Ofendido(s):** Gerencia General de la EMAPAR; Fiscalía Provincial.
- **No. Proceso:** 06202-2013-0216
- **Acción/Infracción:** PECULADO (Artículo 278, Código Penal).

5.2.8.1.2 Antecedentes del caso

Mediante examen especial realizado al Plan de Contingencia para el mejoramiento de los Sistemas de Agua Potable y alcantarillado de Riobamba, suscrito por la Contraloría General del Estado mismo que concluye con indicios de responsabilidad penal para el Directorio de EMAPAR, Alcalde, y Procurador Síndico del Gad Riobamba.

El vicepresidente del directorio de EMAPAR sugiere al gerente qué proceda a la declaratoria de estado de emergencia a los sistemas de agua potable y alcantarillado, para llevar adelante los procesos de adquisición de la tubería dúctil así como la construcción de la nueva conexión del sistema de agua potable. En este informe de Contraloría se sostiene que no se justificó la declaratoria de emergencia, ni que el gerente contaba ni cuenta con la competencia legal para proceder a declarar un estado de emergencia pero aun así en base a dicha declaratoria se ha dado inicio a un proceso de contratación de materiales por la

cantidad de 2 millones de dólares aproximadamente. Contraloría sostiene que la tubería y accesorios adquiridos se encuentran expuestos al aire libre en las bodegas del municipio, dentro de esta teoría ni siquiera se utilizó la tubería, haciendo énfasis que la adquisición tuvo una cotización excesiva que superaba el 125% adicional a lo previsto.

5.2.8.1.3 Pruebas trascendentes

- Informe de indicios de responsabilidad penal e Informe que determina el perjuicio económico de la contratación en emergencia ambos suscritos por Contraloría General del Estado.
- Resolución administrativa que declara en emergencia en los sistemas de agua potable y alcantarillado.
- Informe del reconocimiento del lugar de los hechos realizado por un técnico pericial.
- Transcripción de la grabación de la reunión que declara el estado de emergencia

En resumen se solicita testimonio de todos los procesados así como también los funcionarios de la empresa contratante con el GAD Riobamba y finalmente de peritos que realizaron informes motivados concernientes al proceso para esclarecer los hechos.

5.2.8.1.4 Resoluciones

En primera instancia se concluye que encontrándose comprobado de acuerdo con la ley tanto la materialidad del ilícito de peculado cuanto a la culpabilidad y responsabilidad de los procesados conforme lo analizaron llegan a la certeza que los sujetos activos en el cometimiento de la infracción son culpables, por lo tanto se impone la pena privativa de libertad en calidad de autores del delito de peculado de cuatro años de prisión para el gerente y procurador síndico del GAD. Ventilado el recurso de apelación se ratifica la sentencia parcialmente venida en grado para los sentenciados en calidad de autores del delito de peculado y se revoca la sentencia absolutoria en contra del Alcalde y miembros del Directorio del Agua potable y se les condena a tres meses de prisión y una multa de \$190 dólares en calidad de cómplices.

Posterior a aquello los condenados interponen recurso extraordinario de casación, mismo que concluye con la declaratoria de prescripción de la acción penal, por haber encuadrado sus conductas al tipo penal de peculado menor que establecía el Código Penal anterior y ante la llegada y vigencia del Código Orgánico Integral Penal, esa conducta se encuadra subsumida en el tráfico de influencias, la cual no corresponde a los delitos imprescriptibles y tiene un tiempo previsto por el COIP para su juzgamiento. Por lo que los jueces aplicando el principio de favorabilidad de la ley penal más benigna o indubio pro reo la situación de los sentenciados cambió y el tribunal de la Corte Nacional de Justicia declaró a favor de los recurrentes la prescripción y ordenó el levantamiento inmediato de todas las medidas cautelares anteriormente impuestas.

5.2.8.2 *Caso tesorera agua potable Cantón Chunchi*

5.2.8.2.1 *Datos generales del caso*

- **Órgano de administración de justicia:** Corte Provincial de Justicia de Chimborazo - Tribunal de Garantías Penales con Sede en el Cantón Alausí.
- **Demandados/Procesado:** Diana Lasso (ex Tesorera agua potable Cantón Chunchi)
- **Actor(es)/Ofendido(s):** Procuraduría General del Estado de Chimborazo; Tenemaza Jorge; Contraloría General del Estado.
- **No. Proceso:** 06281-2014-0196
- **Acción/Infracción:** PECULADO (Artículo 278, Código Penal)

5.2.8.2.2 *Antecedentes del caso*

Diana Lasso tesorera del agua potable del cantón Chunchi provincia de Chimborazo mientras desempeñaba sus funciones como tesorera y recaudadora de la EPMA PCH, solicitó se le otorgue un permiso de maternidad, mismo que fue concedido y como consecuencia se nombró a la Sra. Magali Cunin como tesorera encargada, resulta que, esta última al verificar las cuentas de la tesorería se percata de un faltante de \$19 dólares aproximadamente, llama a la tesorera principal para hacerle saber sobre el inconveniente y ella responde que dejó de manera correcta las cuentas. Al existir este faltante Magali Cunin

realiza una verificación de las cuentas respecto a años anteriores y concluye que hay un perjuicio a la entidad por la cantidad de \$14,000.00 dólares aproximadamente.

Acude a realizar la denuncia a la Fiscalía para que se dé inicio a la investigación correspondiente, el fiscal a cargo solicita a Contraloría un examen especial a las cuentas de la tesorería del Agua Potable de Chunchi, que finaliza con la existencia de un perjuicio económico por la suma antes descrita, imponiendo indicios de responsabilidad penal en contra de Diana Lasso.

5.2.8.2.3 *Pruebas trascendentes*

- Denuncia presentada por Magali Cunín;
- Reconocimiento del lugar de los hechos;
- Acta y parte de incautación de la computadora de la EPMAPCH;
- Informe pericial informático;
- Movimientos bancarios, rotativos de la EPMAPCH;
- Informe con indicios de responsabilidad penal
- Peritaje contable

5.2.8.2.4 *Resolución*

El Tribunal, conforme su razonamiento, concluye que la acusada DIANA JANETH LASSO GARZÓN, ha cometido un delito, es decir, han infringido el ordenamiento jurídico (antijuridicidad) en la forma prevista por un tipo penal (tipicidad) y cuya acción puede ser atribuido como autor (culpabilidad), del tipo penal establecido en el art. 257, del Código Penal, inciso primero (Peculado). Por lo tanto se declara la culpabilidad de: DIANA JANETH LASSO GARZÓN, por ser AUTOR del delito de Peculado contemplado en el art. 257, del Código Penal, inciso primero, por lo que, se le condena e impone la pena de OCHO AÑOS, DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA, sin modificar, al no existir atenuantes.

5.3 Hipótesis

La inexistente o aparente legalidad en la contratación pública dentro del estado de emergencia por parte de los servidores públicos de Chimborazo, configura el delito de peculado.

6. METODOLOGÍA

6.1 Unidad de análisis

Servidores públicos de la provincia Chimborazo, relacionados con casos de peculado dentro de la contratación pública en estado de emergencia en los últimos años.

6.2 Métodos

Para el desarrollo de la presente investigación se utilizó los siguientes métodos:

- **Método deductivo-inductivo:** Mediante el cual se estableció determinadas conclusiones partiendo del análisis del marco legal de las normas para con ello determinar si ante la inexistente o aparente legal contratación pública en estado de emergencia por parte de los servidores públicos de Chimborazo, configura el delito de peculado.
- **Método descriptivo:** En las investigaciones de tipo descriptiva, denominadas también investigaciones diagnósticas, fundamentalmente, consistió en caracterizar un fenómeno o situación concreta indicando sus rasgos más peculiares o diferenciadores. Es aquella orientación que se centró en responder a la pregunta ¿Cómo es? Una determinada parte de la realidad que es objeto del estudio.
- **Método analítico:** Su uso permitió utilizar lo pertinente de la legislación, doctrina y jurisprudencia correspondiente al tema antes mencionado, regulado en nuestro país y hacer un análisis crítico de la misma.

- **Método hermenéutico jurídico:** El presente método sirvió, en el análisis y estudio de la normatividad relacionada con el tema de investigación, ya que permitió desentrañar cuál es el verdadero sentido o ratio Legis de la institución jurídica del Delito de Peculado, a través de la norma jurídica que lo sustenta, así como su origen y fundamentación doctrinal, lo que llevó a utilizar según sea conveniente las diferentes formas de interpretación con las que cuenta dicho método.
- **Método dogmático:** Su uso permitió el estudio de conceptos jurídicos, como instituciones y principios, es decir se realizó un estudio doctrinario de las diferentes instituciones jurídicas en las que se encuentra enmarcado el desarrollo de la presente investigación.
- **Método iusnaturalista:** Permitió entender los valores subsumidos en los conceptos jurídicos de los cuales están compuestas las instituciones jurídicas, todo esto, enmarcado en la contratación de los diferentes conceptos políticos - jurídicos esbozados en la presente tesis.
- **Método de argumentación jurídica:** La utilización de este método, permitió elaborar el discurso jurídico relevante y bien estructurado, desmembrando el objeto de estudio en todo su sentido gramatical, para con ello elaborar las proposiciones jurídicas referentes al tema investigado.

6.3 Enfoque de investigación

Cualitativo: Se buscó explicar los motivos que hacen necesario considerar si la inexistente o aparente legalidad en la contratación pública dentro del estado de emergencia por parte de los servidores públicos de Chimborazo, configura el delito de peculado. Al apropiarse de dinero público, se está afectando el patrimonio del Estado, el buen funcionamiento de la Administración Pública y a los ciudadanos.

6.4 Tipo de investigación

La presente investigación será de tipo Descriptiva - Documental, toda vez que se desarrolló en el ámbito doctrinario y jurisprudencial, analizando aquellas opiniones y argumentaciones vinculadas al tema materia de la presente investigación. Siendo documental, al centrar su estudio en un problema con el propósito de ampliar y profundizar el conocimiento de su naturaleza, constituyéndose en una estrategia donde se observa y reflexiona sistemáticamente sobre realidades, usando para ello diferentes tipos de documentos, mediante la cual se indagó, interpretó y se presentó datos e informaciones sobre el tema. A su vez esta investigación descriptiva, procuró determinar cuál es la situación actual respecto al problema de investigación, no se limitará a la recolección de datos, sino a la predicción e identificación de las relaciones que existen entre dos o más variables.

6.5 Diseño de investigación

Por la naturaleza, características y complejidad de la problemática la investigación fue un diseño no experimental, porque en el proceso de investigación no existió la manipulación intencional de las variables; y, se observó el problema tal como se da en su contexto.

6.6 Población y muestra

6.6.1 Población

La población involucrada en la presente investigación fueron personas expertas en la temática de investigación, quienes proporcionaron la información:

Tabla N° 1: Población y muestra

POBLACIÓN	MUESTRA
Jueces de Chimborazo	15
Fiscales de Chimborazo	15
Servidores públicos de Chimborazo	5
Ciudadanía	5
TOTAL	40

Fuente: Población involucrada en el trabajo investigativo

Elaborado por: Eduardo López

6.6.2 Muestra

El universo de investigación fue de 40, por lo cual no fue necesario la aplicación de una fórmula para la determinación de la muestra misma que, es considerablemente pequeña.

6.7 Técnicas e instrumentos de investigación

6.7.1 Técnicas

Encuesta: Es una técnica usada para recolectar información, en base a un cuestionario. Este cuestionario se aplicó a jueces, fiscales, servidores públicos del GAD Provincial de Chimborazo y ciudadanía en general.

6.7.2 Instrumentos

Cuestionario: “Es un documento formado por un conjunto de preguntas mixtas (cerradas-abiertas) redactado de forma coherente, organizado, secuenciado y estructurado de acuerdo con una determinada planificación, a fin de que sus respuestas puedan ofrecer toda la información que se precisa” (Wikipedia, 2020).

6.8 Técnicas para el tratamiento de la información

Para el procesamiento y análisis de datos se utilizó técnicas lógicas, como tablas y gráficos estadísticos. La interpretación de los datos estadísticos se lo realizó a través de la inducción, el análisis y la síntesis.

7. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

7.1 Resultados

7.1.1 Encuesta dirigida a: Jueces y fiscales de la provincia de Chimborazo

Pregunta 1: ¿Piensa usted, qué la contratación en estado de emergencia es utilizada para cometer actos de corrupción?

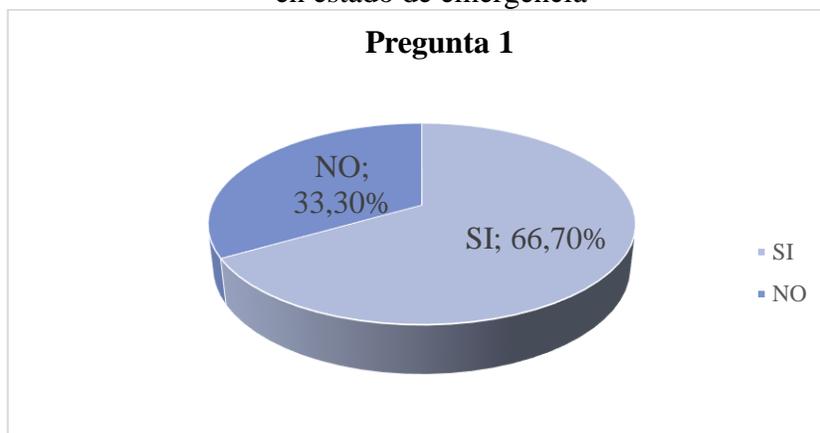
Tabla N° 2: Actos de corrupción en la contratación en estado de emergencia

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
SI	10	66,7 %
NO	20	33,3%
TOTAL	30	100,0%

Fuente: Encuesta a Jueces de garantías penales y fiscales

Elaborado por: Eduardo López

Gráfico N° 1: Actos de corrupción en la contratación en estado de emergencia



Fuente: Encuesta a Jueces de garantías penales y fiscales

Elaborado por: Eduardo López

Interpretación: De acuerdo a las opiniones de los profesionales judiciales, el 66,7% ha manifestado que dentro de la contratación en estado de emergencia, existen actos de corrupción, por cuanto es de conocimiento público el aprovechamiento de los recursos estatales, los cuales han sido utilizados en contratos a dedo, sobrepuestos, debido a grupos de malos funcionarios dentro del sector público y el abuso del poder. Adicionalmente, el estado de emergencia permite contratar únicamente con cotización, por lo que se omiten algunos de los requisitos precontractuales.

Mientras que el 33,3 %, afirma que la corrupción es un delito y bajo ningún concepto debe ser admitido, por lo mismo la contratación es emergente para cubrir necesidades imprescindibles, se la debe realizar obviamente enmarcado en los lineamientos emitidos por el SERCOP que limitan el ejercicio de las actividades de contratación pública y si no se cumple los requisitos legales no se puede ser beneficiario de un contrato.

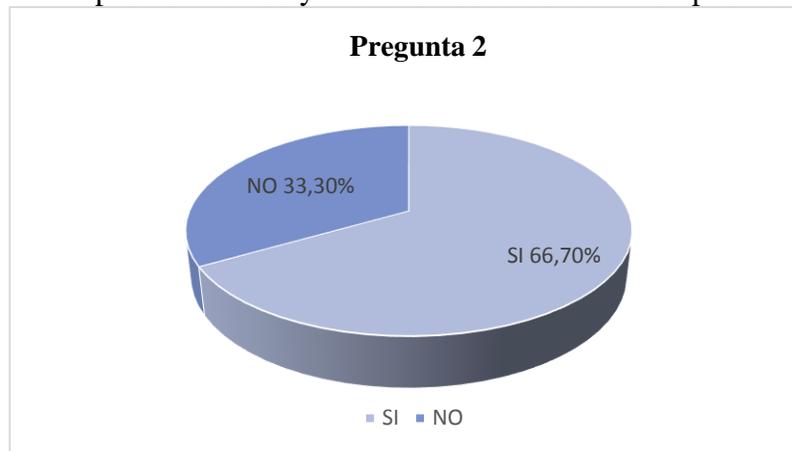
Pregunta 2: ¿Considera usted, que los procedimientos y mecanismos de contratación pública en todas sus fases cumplen todas las normas jurídicas vigentes?

Tabla N° 3: Cumplimiento normas jurídicas vigentes en procedimientos y mecanismos de contratación pública

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
SI	10	66,7%
NO	20	33,3%
TOTAL	30	100,0%

Fuente: Encuesta a Jueces de garantías penales y fiscales
Elaborado por: Eduardo López

Gráfico N° 2: Cumplimiento normas jurídicas vigentes en procedimientos y mecanismos de contratación pública



Fuente: Encuesta a Jueces de garantías penales y fiscales
Elaborado por: Eduardo López

Interpretación: De acuerdo a los criterios jurídicos de cada uno de los encuestados, el 67% considera que si existe cumplimiento de las normas jurídicas vigentes en procedimientos y mecanismos de contratación pública, debido a que la ley resulta clara y que los funcionarios públicos son quienes dan cumplimiento a la norma, además toda contratación de ese tipo está sujeta a fiscalización. En la LOSNCP, su reglamento y codificación se determina que no se puede violentar el debido proceso, la seguridad jurídica en sus fases de inicio contractual precontractual y de ejecución de un proceso de contratación pública. Un 33 % responde que la suscripción de la contratación pública se lo está haciendo de acuerdo a los intereses de las partes, existe incumpliendo de los parámetros del marco legal como se puede evidenciar a través de las denuncias públicas, exclusivamente por malversación o apropiación de fondos públicos, sobrepagos y adjudicaciones fraudulentas de contratos con el Estado para así configurar el delito de peculado mismo que, es uno de los más

comunes de consumir en la administración pública del Estado. También se evidencia que existen diversos informes realizados por la Contraloría General del Estado que concluyen con indicios de responsabilidad penal para servidores públicos que son partícipes de manejar de manera fraudulenta los recursos públicos.

Pregunta 3: ¿Cuál de estos delitos en contra de la eficiente administración pública considera usted es cometido con más frecuencia?

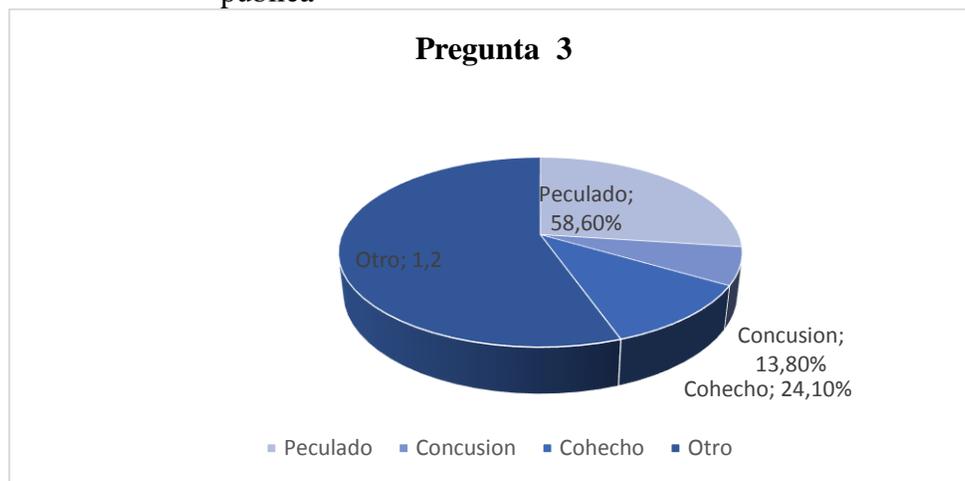
Tabla N° 4: Delitos más frecuente contra de la eficiente administración pública

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
Peculado	18	58,6%
Concusión	4	13,8%
Cohecho	7	24,1%
Otro	1	3,5%
Total	30	100%

Fuente: Encuesta a Jueces de garantías penales y fiscales

Elaborado por: Eduardo López

Gráfico N° 3: Delitos más frecuente contra de la eficiente administración pública



Fuente: Encuesta a Jueces de garantías penales y fiscales

Elaborado por: Eduardo López

Interpretación: En los delitos en contra de la eficiente administración pública los involucrados en la encuesta en un 58,60% determinaron que el delito de peculado es el más común de cometer, seguido del cohecho con un 24,10%, posterior se encuentra la

conclusión que en porcentaje representa el 13,80% y finalmente el 1,2% considera que la infracción más común es otra. En la práctica jurídica estas cifras no son alejadas de la realidad al tener esta conducta los más altos índices de criminalización dentro del sistema de justicia con respecto a otras infracciones relacionadas a la administración pública.

Pregunta 4: Desde su perspectiva. ¿Cuántos casos sentenciados en contra de servidores públicos por el delito de peculado conoce?

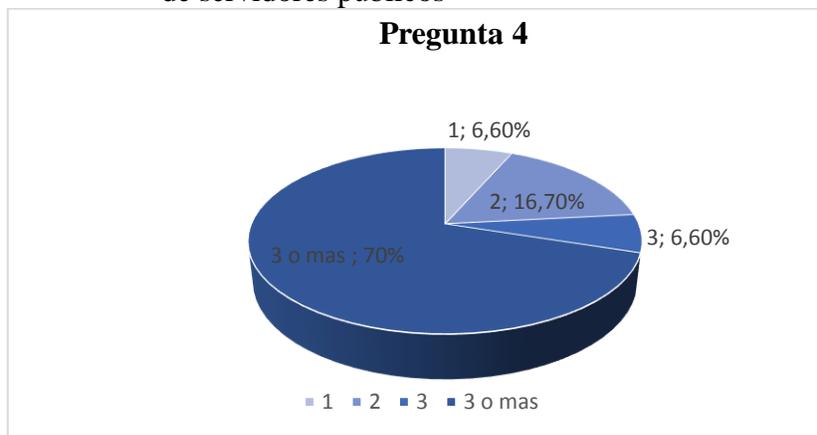
Tabla N° 5: Casos sentenciados por el delito de peculado en contra de servidores públicos

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
1	2	6,6%
2	5	16,7%
3	2	6,6%
3 o más	21	70%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta a Jueces de garantías penales y fiscales

Elaborado por: Eduardo López

Gráfico N° 4: Casos sentenciados por el delito de peculado en contra de servidores públicos



Fuente: Encuesta a Jueces de garantías penales y fiscales

Elaborado por: Eduardo López

Interpretación: El 70% de los operadores de justicia conocen más de tres casos sentenciados por peculado, el resto del total se divide en: 16,70% para quienes desde su perspectiva se han informado o han intervenido dentro de dos procesos de peculado y coincidiendo con el 6,60% las alternativas de uno y tres casos respecto a este delito.

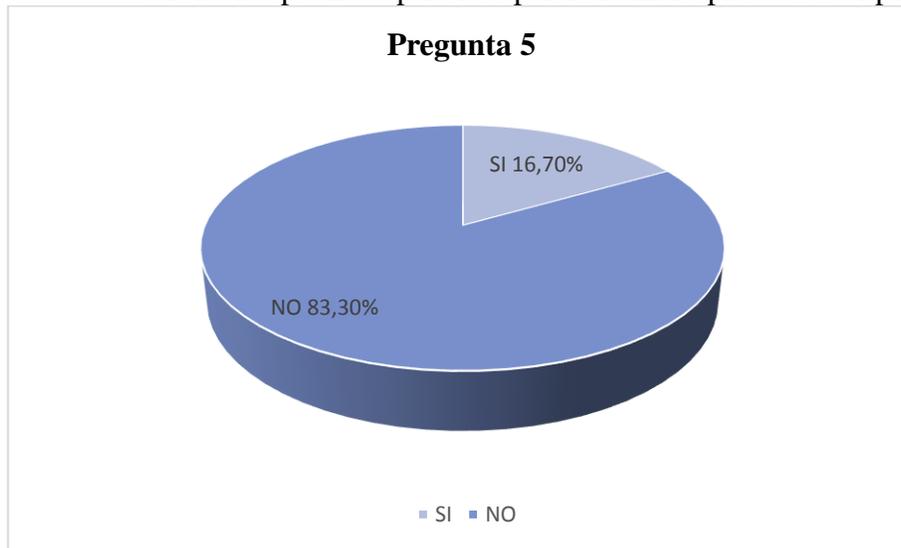
Pregunta 5: ¿Conoce casos dónde el Estado haya ejercido el derecho de repetición sobre servidores públicos para recuperar el dinero producto del peculado?

Tabla N° 6: Casos en el Estado haya ejercido el derecho de repetición para recuperar el dinero producto del peculado

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
SI	5	16,7%
NO	25	83,3%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta a Jueces de garantías penales y fiscales
Elaborado por: Eduardo López

Gráfico N° 5: Casos en el Estado haya ejercido el derecho de repetición sobre servidores públicos para recuperar el dinero producto del peculado



Fuente: Encuesta a Jueces de garantías penales y fiscales
Elaborado por: Eduardo López

Interpretación: El 83,30% considera que no conocen ningún caso en el que el Estado ecuatoriano haya ejercido el derecho de repetición sobre funcionarios públicos, quienes abusaron de sus funciones y atribuciones legales para manejar de forma ilegal el dinero público y piensan que debería existir una norma eficaz para la devolución de esos activos; respecto al 16,70% de funcionarios judiciales, manifiestan que los procesos de Odebrech, caso ex alcalde de Riobamba Juan Salazar y GAD Provincial de Chimborazo, se encuentran en proceso de recuperación de fondos públicos. Es muy inusual o curioso que respecto a estas medidas el estado no contemple una normativa jurídica que obligue a

quienes fueron sentenciados a devolver el dinero, más bien se convierte en insuficiente la pena privativa de libertad puesto que, al sentenciado cumplir su pena más bien en libertad disfruta y goza del dinero de todos los ecuatorianos.

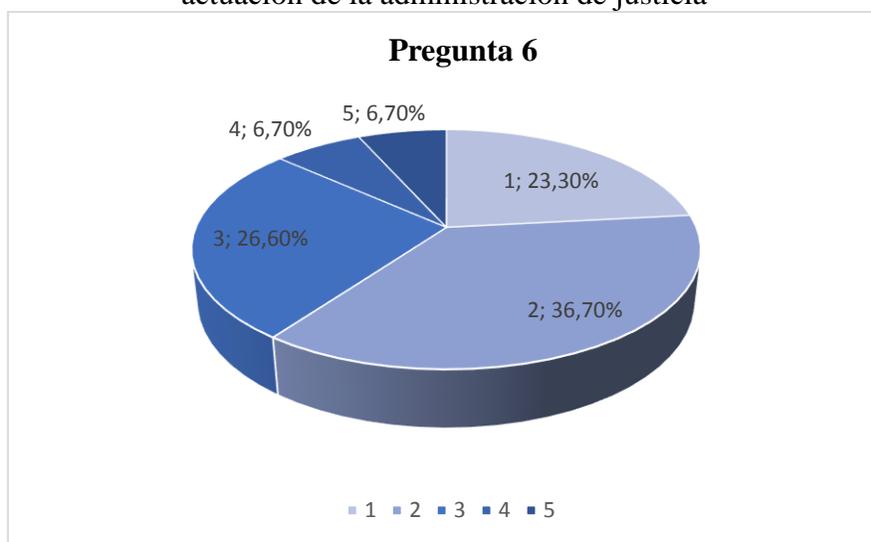
Pregunta 6: Del 1 al 5 ¿Cuánto calificaría usted la eficiencia, eficacia y transparencia en la actuación de la administración de justicia frente a servidores públicos procesados por peculado?

Tabla N° 7: Calificación de la eficiencia, eficacia y transparencia en la actuación de la administración de justicia

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
1	7	23,3%
2	11	36,7%
3	8	26,6%
4	2	6,7%
5	2	6,7%
TOTAL	30	100,0%

Fuente: Encuesta a Jueces de garantías penales y fiscales
Elaborado por: Eduardo López

Gráfico N° 6: Calificación de la eficiencia, eficacia y transparencia en la actuación de la administración de justicia



Fuente: Encuesta a Jueces de garantías penales y fiscales
Elaborado por: Eduardo López

Interpretación: La calificación de la administración de justicia respecto a opiniones de jueces y fiscales de la provincia de Chimborazo se divide en: 36,70% correspondiente a que, la justicia es regular en su cumplimiento, el 26,6% cree que la función judicial es relativamente buena en la aplicación de los principios procesales, el 23,3% considera que en el Ecuador nuestro sistema de justicia es malo y finalmente con el 6,7% se igualan las opiniones de que la justicia es excelente y muy buena respectivamente. Al ser los jueces y fiscales los principales funcionarios en la administración de justicia consideran que entre ellos existen servidores corruptos, incompetentes, que se dejan influenciar por presiones políticas o gubernamentales, perdiendo así su imparcialidad y autonomía en la toma de decisiones también piensan que la justicia no es muy eficiente, en razón que, en esos delitos no existe una reparación evidente del daño causado. Al otro extremo se encuentra el criterio del manejo de la justicia con total sujeción a las leyes vigentes cuando se trata de procesos penales, dando cumplimiento el Art. 11.2 de la Constitución de la República del Ecuador.

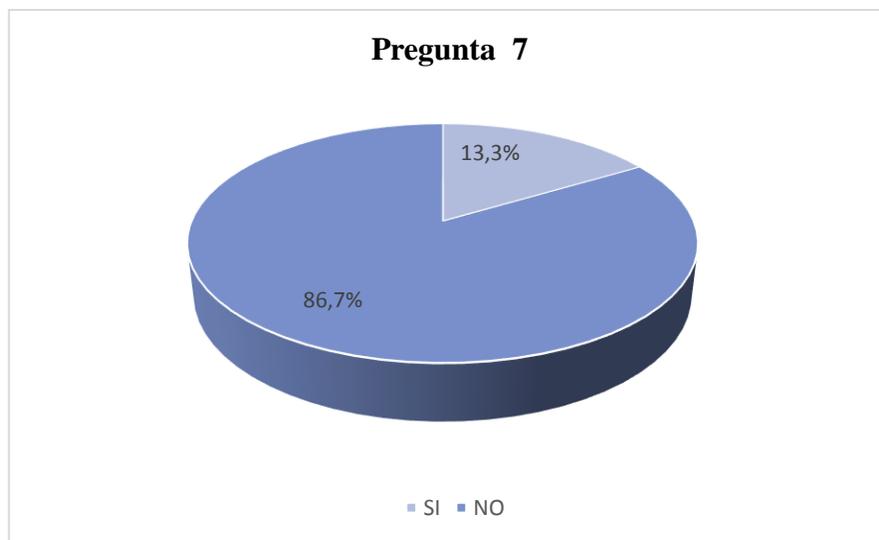
Pregunta 7: Como parte del sistema de justicia, ¿considera usted qué se cumple el principio de igualdad legal al momento de dictar medidas cautelares sobre servidores públicos y ciudadanos?

Tabla N° 8: Cumplimiento del principio de igualdad legal al momento de dictar medidas cautelares

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
SI	26	86,7%
NO	4	13,3%
TOTAL	100	100,0%

Fuente: Encuesta a Jueces de garantías penales y fiscales
Elaborado por: Eduardo López

Gráfico N° 7: Cumplimiento del principio de igualdad legal al momento de dictar medidas cautelares



Fuente: Encuesta a Jueces de garantías penales y fiscales
Elaborado por: Eduardo López

Interpretación: El 86,7% de los encuestados considera que no se cumple el principio de igualdad dentro de la fase de instrucción fiscal respecto a medidas cautelares sobre servidores públicos y ciudadanos, los primeros son a quienes regularmente se les impone medidas cautelares diferentes a la prisión preventiva, únicamente por ser autoridades o miembros del gobierno, los segundos son aquellos a quienes se les impone una medida de prisión preventiva sin pensarlos dos veces, son reprimidos con el máximo rigor de la ley teniendo en cuenta que esta medida cautelar personal es de carácter excepcional y de ultima ratio, he ahí la desigualdad social plasmada en la procesal, teniendo en cuenta que los ciudadanos cometen ciertos delitos de persona a persona comúnmente llamados de bagatela o de poca mota reciben penas excesivas mientras que los funcionarios estatales tienen penas insuficientes comparadas a otros delitos que son en contra de todo el Estado, es decir, la ley reprime oportunamente solo al débil del proceso penal. Corresponde al 13,3% la respuesta de que sí se cumple con el principio de igualdad al estar en nuestra normativa debe cumplirse como obligación de fiscales y jueces.

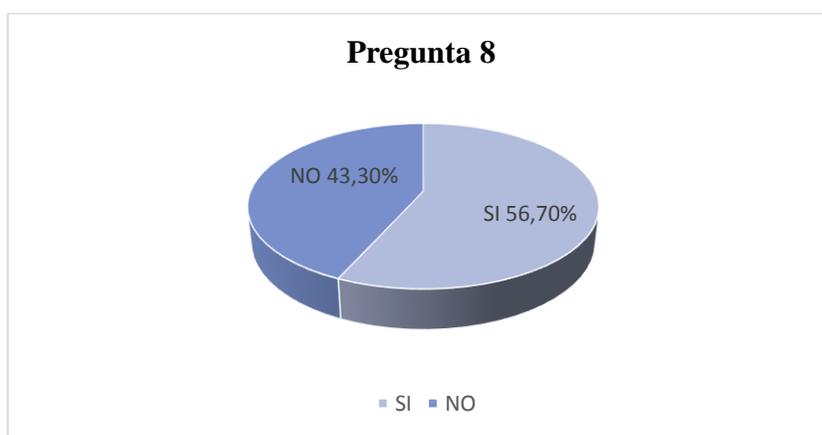
Pregunta 8: ¿Está de acuerdo, que la pena privativa de libertad que determina el COIP a los servidores que cometan delito de peculado sea de 10 a 13 años?

Tabla N° 9: Concordancia con la pena que determina el COIP para el delito de peculado

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
SI	17	56,7%
NO	13	43,3%
TOTAL	30	100,0%

Fuente: Encuesta a Jueces de garantías penales y fiscales
Elaborado por: Eduardo López

Gráfico N° 8: Concordancia con la pena que determina el COIP para el delito de peculado



Fuente: Encuesta a servidores públicos y ciudadanía
Elaborado por: Eduardo López

Interpretación: Respecto a la pena del delito de peculado, el 56,7% de encuestados manifiestan que están de acuerdo con la pena privativa de libertad que contiene el COIP por cumplir el principio de proporcionalidad al momento de sentenciar su conducta; a diferencia del 43,3% de encuestados quienes muestran inconformidad con la sanción que contiene el delito de peculado, porque desde su perspectiva se debería imponer penas más rigurosas en contra de quienes cometan delitos en contra la eficiente administración pública; el perjudicado directo es la ciudadanía de una determinada población mas no solo una persona.

7.1.2 Encuesta dirigida a: Servidores públicos de la provincia de Chimborazo y ciudadanía del cantón Riobamba

Pregunta 1 ¿Sabe usted, qué es la contratación pública en estado de emergencia?

Tabla N° 10: Conocimiento sobre la contratación pública en estado de emergencia

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
SI	10	100%
NO	0	0%
TOTAL	10	100%

Fuente: Encuesta a servidores públicos y ciudadanía
Elaborado por: Eduardo López

Gráfico N° 9: Conocimiento sobre la contratación pública en estado de emergencia



Fuente: Encuesta a servidores públicos y ciudadanía
Elaborado por: Eduardo López

Interpretación: El 100% de los encuestados responden de manera unánime, tener conocimiento sobre el proceso de contratación pública en estado de emergencia.

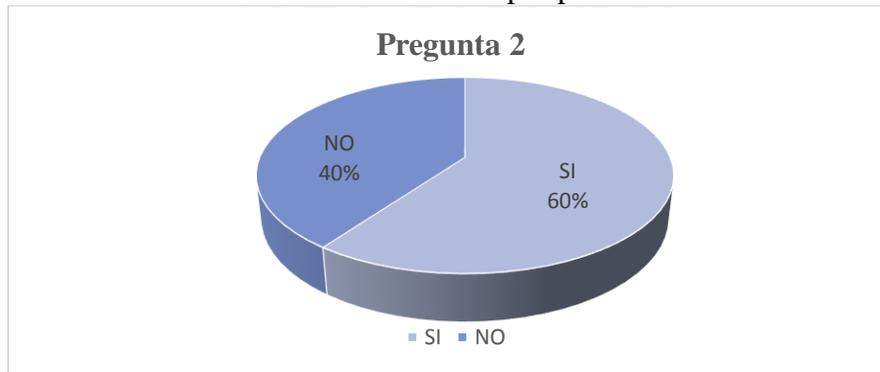
Pregunta 2: ¿Conoce usted, qué es el peculado y cuál es su pena?

Tabla N° 11: Pena por peculado

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
SI	6	60%
NO	4	40%
TOTAL	10	100%

Fuente: Encuesta a servidores públicos y ciudadanía
Elaborado por: Eduardo López

Gráfico N° 10: Pena por peculado



Fuente: Encuesta a servidores públicos y ciudadanía
Elaborado por: Eduardo López

Interpretación: Se aprecia resultados divididos, encontrando por una parte un 60% de los encuestados dice conocer el termino peculado y la pena que se imparte por este tipo de delito, mientras que el 40% responden no conocer el significado de peculado y su pena privativa de libertad.

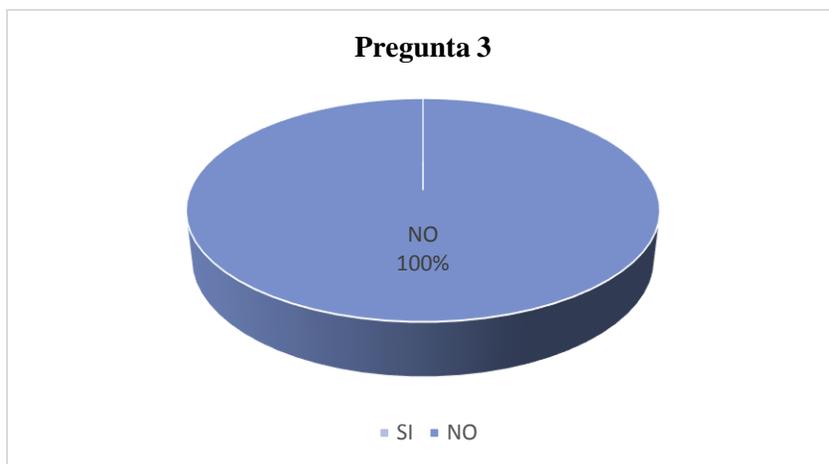
Pregunta 3: ¿Cree en la transparencia del sistema de contratación pública en el Ecuador?

Tabla N° 12: Transparencia del sistema de contratación pública

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
SI	0	0%
NO	10	100%
TOTAL	10	100%

Fuente: Encuesta a servidores públicos y ciudadanía
Elaborado por: Eduardo López

Gráfico N° 11: Transparencia del sistema de contratación pública



Fuente: Encuesta a servidores públicos y ciudadanía
Elaborado por: Eduardo López

Interpretación: Se pudo evidenciar que el 100% de los encuestados no creen la transparencia del sistema de contratación pública en el Ecuador, por cuanto son evidentes varios casos de irregularidades que han salido a la luz, eso demuestra que el sistema no es efectivo, y más bien se verifican más actos de corrupción.

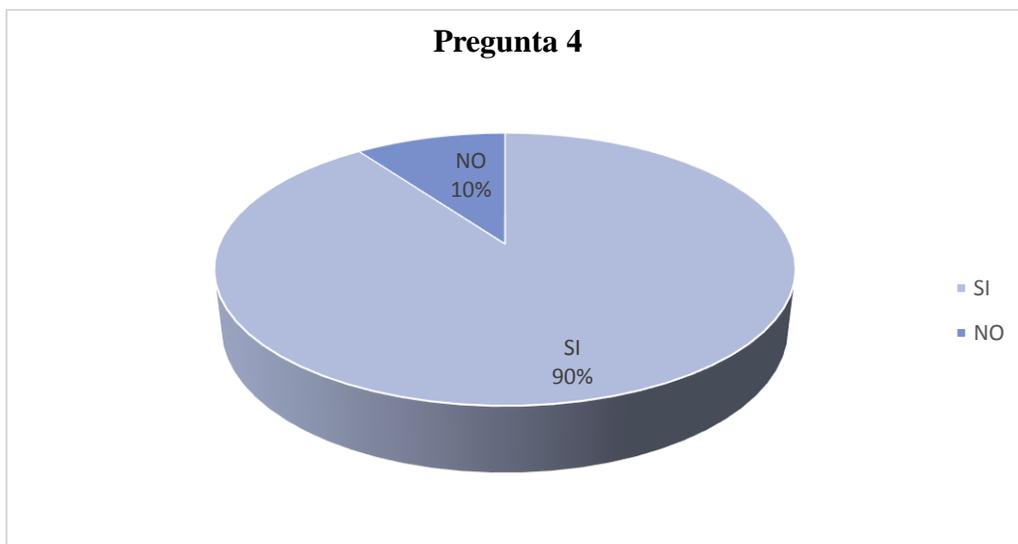
Pregunta 4: ¿Está de acuerdo, que la pena privativa de libertad que determina el COIP a los servidores que cometan peculado sea de 10 a 13 años?

Tabla N° 13: Pena privativa de libertad por peculado a los servidores públicos

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
SI	9	90%
NO	1	10%
TOTAL	10	100%

Fuente: Encuesta a servidores públicos y ciudadanía
Elaborado por: Eduardo López

Gráfico N° 12: Pena privativa de libertad por peculado



Fuente: Encuesta a servidores públicos y ciudadanía
Elaborado por: Eduardo López

Interpretación: De acuerdo al criterio de los encuestados, el 90% dice estar de acuerdo, que la pena privativa de libertad sea de 10 a 13 años por peculado, debido a que el dinero público no puede ser objeto de enriquecimiento personal, adicionalmente se deben marcar precedentes aunque una pena privativa no garantice que se reduzca los índices de criminalidad pero al menos la justicia hace su parte, el 10% restante de encuestados no están de acuerdo con la pena impuesta por este delito ya que posterior a cumplir su pena, en libertad gozan del dinero producto del peculado.

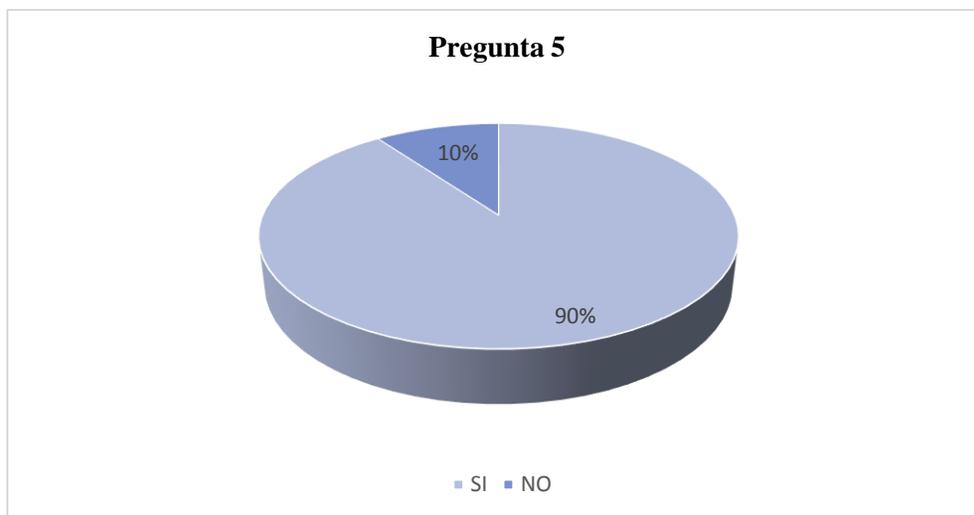
Pregunta 5: ¿Cree en la transparencia o independencia de la administración de justicia en procesos penales contra funcionarios públicos?

Tabla N° 14: Transparencia o independencia de la administración de justicia en procesos penales contra funcionarios públicos

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
SI	1	10%
NO	9	90%
TOTAL	10	100%

Fuente: Encuesta a servidores públicos y ciudadanía
Elaborado por: Eduardo López

Gráfico N° 13: Transparencia o independencia de la administración de justicia en procesos penales



Fuente: Encuesta a servidores públicos y ciudadanía
Elaborado por: Eduardo López

Interpretación: Según las opiniones de los servidores públicos y ciudadanos un 90% manifiesta no confiar en la transparencia o independencia de la administración de justicia en procesos penales cuando son juzgados funcionarios del sector público, consideran que los jueces muchas veces son cómplices de los delitos a no actuar conforme a la ley, incluso la política juega un papel importante en la administración de justicia en el país a imponer presiones sobre jueces y fiscales, en cuanto un 10% dice que confía en la transparencia de la administración de justicia, alegando que aún existen funcionarios que cumplen a cabalidad sus labores e intentan actuar con transparencia en todos y cada uno de sus actos, tomando decisiones de acuerdo lo establecido en la constitución y la ley.

Pregunta 6: ¿Cree que los jueces aplican el principio de igualdad en el momento de disponer medidas cautelares sobre servidores públicos a diferencia de cualquier ciudadano?

Tabla N° 15: Aplicación del principio de igualdad en el momento

de disponer medidas cautelares sobre servidores públicos

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
SI	1	10%
NO	9	90%
TOTAL	10	100%

Fuente: Encuesta a servidores públicos y ciudadanía
Elaborado por: Eduardo López

Gráfico N° 14: Aplicación del principio de igualdad en el momento de disponer medidas cautelares



Fuente: Encuesta a servidores públicos y ciudadanía
Elaborado por: Eduardo López

Interpretación: El 90% de los encuestados cree que los jueces no aplican el principio de igualdad en el momento de disponer medidas cautelares sobre servidores públicos a diferencia de cualquier ciudadano, consideran que las autoridades gozan de beneficios que los ciudadanos comunes no poseen, además de presiones mediáticas y políticas, solo un 10% afirma que si existe el principio de igualdad al momento de dictar medidas cautelares.

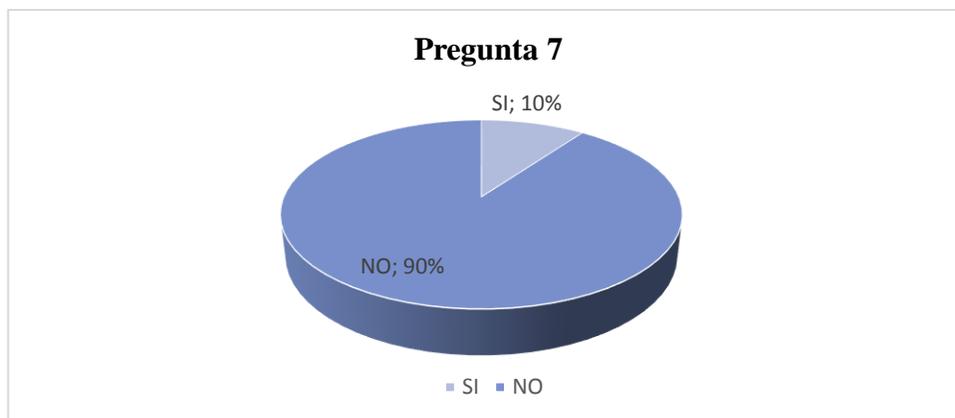
Pregunta 7: ¿Considera usted, qué el juzgamiento de un servidor público es igual al de un ciudadano común?

Tabla N° 16: Juzgamiento de un servidor público

Respuesta	Frecuencia	Porcentaje
SI	1	10%
NO	9	90%
TOTAL	10	100%

Fuente: Encuesta a servidores públicos y ciudadanía
Elaborado por: Eduardo López

Gráfico N° 15: Juzgamiento de un servidor público



Fuente: Encuesta a servidores públicos y ciudadanía
Elaborado por: Eduardo López

Interpretación: El 90% de los encuestados, afirma que el juzgamiento de un servidor público no es proporcional al de un ciudadano común, debería ser más riguroso comparado al de un ciudadano, porque se trata de dinero público, siempre el poder que tiene una autoridad le da ventaja por sobre el ciudadano en la administración de justicia, el 10% restante, considera que se da el mismo trato al momento de juzgar tanto a la ciudadanía en general, como a los servidores públicos.

7.2 Discusión

Del estudio de casos realizado se desprende que la administración de justicia actúa de manera desproporcional en casos aparentemente análogos. Al describir el primer caso se verifica que la actuación de la administración de justicia fue relativamente adecuada y oportuna, ya que bajo los principios procesales y constitucionales se llevó a cabo una correcta investigación y se condenó a los partícipes del delito hasta segunda instancia. Sin embargo, únicamente se impusieron medidas cautelares diferentes a la prisión preventiva.

El problema recae en el tiempo de resolución del recurso de casación, debido a que por la vía del COIP se despenalizaron, tipificaron o modificaron algunas conductas, es por eso que se determinó la sentencia de prescripción realizada por los jueces. La justicia existió, las herramientas legales también existían, sin embargo, de manera inconsistente se declaró la prescripción esta conducta y se dejó impune los actos realizados por estos funcionarios.

El segundo caso analizado muestra la eficiencia de los fiscales al realizar correctamente la investigación y contar con medios probatorios adecuados sobre la materialidad y

responsabilidad de la infracción penal, así como el respeto y correcta aplicación de la ley por parte de los jueces, al tener el convencimiento de la responsabilidad de la procesada. La semejanza de los procesos analizados únicamente está en la correcta aplicación de la norma penal, por seguir un debido proceso sin violar los derechos de los justiciables y finalizar con una sentencia. Las divergencias radican en el tiempo de las penas impuestas, teniendo en cuenta que en el primer caso se condenó a tres años de privación de libertad y una multa de ciento noventa dólares por el perjuicio o mal manejo de los recursos, por la cantidad aproximada de dos millones de dólares, mientras que la sentenciada en el segundo proceso tuvo consigo una pena de ocho años por el mal manejo de catorce mil dólares aproximadamente; evidentemente se observa que en casos análogos la justicia impone medidas cautelares y penas distintas poco proporcionales.

Del estudio de casos por peculado se desprende que, el primero se realizó partiendo de una declaración ilegal de un estado de emergencia inexistente, observando que la adquisición de bienes se hizo de forma inmediata para cubrir una necesidad emergente y subsanarla, se evidenció que lo comprado no fue utilizado ni instalado así como tampoco cubrió y solucionó el problema que motivó la declaratoria emergente, se verifica que los servidores abusan del estado de emergencia para cometer actos de corrupción y violar la ley; en relación al segundo proceso no se realizó mediante una declaratoria de emergencia sino que inició con una denuncia, que impulsó posteriormente al comienzo de un proceso penal y consecuentemente a una sentencia condenatoria, en conclusión los dos procesos se relacionan en el aprovechamiento de dinero público que estaba a su cargo y en su calidad de servidores públicos debieron respetar y cumplir únicamente lo que la Constitución y la ley determinan pero eso se inobservó y causó un perjuicio al Estado.

Con respecto al análisis realizado por parte de actores involucrados en la administración de justicia, como jueces, fiscales y abogados de la provincia de Chimborazo, que respondieron de manera objetiva a las encuestas aplicadas, se logró recopilar opiniones varias, referentes a la contratación pública en estado de emergencia, y de manera unívoca su pensamiento concluye en que la corrupción en el Ecuador será “interminable” y las autoridades de las diferentes instituciones públicas abusan de su poder para beneficiarse a sí mismos, o a una tercera persona a través de “favores” que son pagados con coimas, porcentajes, o algún

cargo dentro de una institución pública. El abuso de la contratación pública emergente es evidente, palpable, y visible al tratar de satisfacer una necesidad indispensable en momentos de emergencia, omitiendo varios procedimientos de la contratación pública regular, dando paso así al cometimiento de delitos de corrupción, que la mayoría de veces quedan en la impunidad.

Los profesionales del derecho siendo parte de la administración de justicia, creen que existe un trato diferenciado entre servidores públicos o autoridades de diversos niveles de gobierno, y personas “comunes”, cuando se activa la vía jurisdiccional para quienes cometen delitos contra la eficiente administración pública, es por ello que la justicia está siendo condicionada por la ciudadanía al ser indudable el desequilibrio en la aplicación del debido proceso, principios procesales y garantías constitucionales. Se evidencia que el poder punitivo sancionador a través del Estado se vuelve débil frente a autoridades y altos miembros del gobierno o autoridades, a diferencia del ciudadano que no tiene esa investidura protectora por parte del Estado y es víctima muchas veces de que en el proceso penal no se juzgue de manera independiente, autónoma y justa.

Los juzgamientos se realizan en forma diferenciada, una muestra de aquello es la imposición de medidas cautelares, ya que casi la totalidad de procesados no han recibido prisión preventiva en procesos por peculado, a diferencia de las personas que comete delitos vulgarmente llamados de “bagatela”, quienes son reprimidos, recluidos y estigmatizados por el resto de su vida por consecuencia de haber recibido todo el peso de la ley.

En un Estado de derechos y justicia no debería existir desigualdad social de ninguna naturaleza. En teoría, en leyes, en normas y en la constitución se plasman planteamientos interesantes y maravillosos, con el fin de mejorar el sistema de justicia, sin embargo, en la práctica no ocurre lo mismo, ya que al parecer siempre existirá discriminación y desigualdad.

Los ciudadanos que comenten delitos, echan a perder sus vidas y el Estado no piensa en los daños colaterales que reciben los miembros del entorno del sentenciado, por un error, la vida de sus hijos, su crecimiento familiar y social jamás será el mismo, más bien serán

estigmatizados por la sociedad, cuestión que es muy diferente para quienes cometen peculado, quienes cumplen una pena irrisoria y salen a disfrutar de lo apropiado fraudulentamente de las arcas del Estado, sin que este último haya ejercido el derecho de repetición sobre alguno de los sentenciados. Es lamentable lo que sucede en el Ecuador, pero es la cruda verdad, por lo que se debería plasmar no solo una corriente o teoría garantista sino más humanista.

Desde el punto de vista de los servidores públicos, quienes tienen conocimiento acerca de la contratación pública en estado de emergencia y como debe manejarse la misma hasta que se subsanen las causas que la provocaron, así como de las personas comunes que forman parte de manera diversa de este tipo de situaciones, cabe indicar, que estos ciudadanos, no creen en la administración de justicia, tampoco creen en la aplicación de los principios en los juzgamientos de ciudadanos y funcionarios públicos, sienten decepción al no ver resultados contundentes frente a la lucha contra la corrupción. Y al parecer se vuelve más notorio que la mayoría de autoridades y funcionarios públicos sobre todo de alto nivel, se aprovechan en época de emergencias, para desentrañar sus más atroces pensamientos y actitudes, para buscar la forma de contravenir el ordenamiento jurídico y cometer el delito de peculado. Se abusa de la situación emergente para en lugar de intentar satisfacer las necesidades de forma eficiente, realizar contrataciones de servicios, y adquisiciones de insumos de manera arbitraria, ilegal, inmoral y con precios exorbitantes, así se vienen dando en el país varios casos, de los cuales los ciudadanos se van enterando diariamente.

La actuación estatal o gubernamental, siempre resultará insuficiente si no se cambia la mentalidad de las generaciones futuras, para así evitar y cesar este problema social que aumenta cada vez ante la antipatía de los órganos de control. No es necesario solamente el endurecimiento de penas, más bien la educación acompañada de valores éticos y morales para cambiar la mentalidad social.

8. CONCLUSIONES

- A través del estudio de casos se concluye que la contratación en estado de emergencia no respetó lo establecido en la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública al declarar un estado de emergencia sin una motivación ni tampoco subsanó el problema que lo motivó, es decir los servidores públicos manejaron de manera inadecuada los recursos estatales.
- Las consecuencias jurídico-penales recaídas a los servidores públicos constituyen el delito de peculado, al ser los responsables de la administración y manejo de los recursos fiscales, producto de sus conductas se constituyen como autores del delito de peculado.
- La contratación pública en estado de emergencia es el medio para la comisión del delito de peculado y diversos actos de corrupción por tener un procedimiento regular y propio mal utilizado por los servidores públicos.
- La administración de justicia cumple de manera parcial con sus atribuciones, por tener un juzgamiento distinto para casos parecidos de peculado, se evidenció que en los casos estudiados las penas son aplicadas de diferente manera y los jueces tienen criterios diferentes, dejando así muchos casos en la impunidad.

9. RECOMENDACIONES

- Exista un mayor control y capacitación por parte del Estado a los servidores de las instituciones públicas para cumplir con el ordenamiento jurídico vigente a fin de que no se mal utilice la declaratoria de un estado de emergencia como medio para la corrupción o la ilegal contratación pública.
- A la asamblea nacional modifique la pena por el delito de peculado por un tiempo mayor de privación de libertad ya que en la actualidad esa pena resulta insuficiente, por ser los servidores públicos los autores del delito y encargados del manejo eficiente de recursos estatales; esta pena es diferente a la de otros delitos menos graves, atendando el principio de proporcionalidad.
- A la función legislativa tipifique el delito de elusión en la contratación pública con el fin de concatenar las actuaciones y conductas de funcionarios públicos para condenar a quienes violen los procedimientos legales e intentar disminuir la contratación ilegal y los actos de corrupción
- A los operadores de justicia apliquen de manera oportuna, eficaz, eficiente y autónoma las medidas cautelares y los principios de la función judicial y administración de justicia, en especial la celeridad procesal a fin de que ningún tipo de infracción penal quede en la impunidad y se ejerza el derecho de repetición sobre servidores públicos para recuperar el dinero producto del peculado.

10. BIBLIOGRAFÍA

- Arteño, R. (2017). Derecho Constitucional en Ecuador y aspectos sobre la corrupción desde lo penal. *Revista Chakiñan*, 2, 35-46. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6294873.pdf>.
- Asamblea Constituyente del Ecuador. (2008a, 04 de agosto). *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. Registro Oficial Suplemento 395. <https://www.epn.edu.ec/wp-content/uploads/2018/08/Ley-Org%C3%A1nica-de-Contrataci%C3%B3n-P%C3%BAblica.pdf>
- Asamblea Constituyente del Ecuador. (2008b, 20 octubre). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449. https://www.sot.gob.ec/sotadmin2/_lib/file/doc/Constitucion_de_la_Republica_del_Ecuador.pdf
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2014, 10 de febrero). *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial Suplemento 180. https://www.oas.org/judicial/PDFs/mesicic5_ecu_ane_con_judi_c%C3%B3d_org_int_pen.pdf
- Calle, A. (2011). *Elementos constitutivos del delito de peculado en general. Análisis a un caso práctico*. [tesis de pregrado, Universidad del Azuay]. Repositorio Institucional UAZUAY. <http://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/940/1/08602.pdf>
- Cocíos, R. (2015). *La contratación pública en situaciones de emergencia en el Ecuador*. [tesis de maestría, Universidad San Francisco de Quito]. Repositorio Institucional USFQ. <http://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/4964/1/122801.pdf>
- Coello, X. (2019) Editorial Perfil Criminológico. *Revista Perfil Criminológico – FGE*, 26, 6-7. <https://www.fiscalia.gob.ec/pdf/politica-criminal/Revista-Corrupcion.pdf>
- Consejo de la Judicatura. (2016, 26 de mayo). Proceso 06281-2014-0196. <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>
- Consejo de la Judicatura. (2020, 04 de enero). Proceso 06202-2013-0216. <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>

Consejo de Participación Ciudadana y Control Social. (2019). *Plan de integridad pública y lucha contra la corrupción*.
<https://www.contraloria.gob.ec/WFDescarga.aspx?id=2629&tipo=doc>

Cuestionario. (02 de septiembre de 2020). En *Wikipedia*.
<https://es.wikipedia.org/wiki/Cuestionario>

Díaz, J. (2018). Los procedimientos de emergencia en la contratación pública. *Foro Revista de Derecho*, 30(2), 107-118.

<https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/692/617>

Dirección Distrital de Salud 06D03 Cumandá/Pallatanga. (2020, 21 de marzo) – Resolución No. 020-2020 06D03
<https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/EE/informacion/Resolucion.cpe?idRes=8005>

Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Riobamba. (2020, 25 de marzo). Resolución Administrativa No. 073-2020.
<https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/EE/informacion/Resolucion.cpe?idRes=8239>

Encalada, P. (2014). *Teoría constitucional del delito y el código orgánico integral penal*. [tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar]. Repositorio Institucional UASB. <https://core.ac.uk/download/pdf/159777379.pdf>

Encalada, P. (2019). Requisito de procedibilidad para la investigación de delitos de corrupción. *Revista Perfil Criminológico – FGE*, 26, 21-27.
<https://www.fiscalia.gob.ec/pdf/politica-criminal/Revista-Corruptcion.pdf>

Fiscalía General del Estado. (2016). La persecución a los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito. *Revista Fiscalía Ciudadana*, 47, 6-7.
<https://www.fiscalia.gob.ec/images/ciudadana/fc47.pdf>

Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Cumandá. (2016, 14 de marzo). Resolución Administrativa de Declaratoria de Emergencia No. 030-2016-GADMCC.
<https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/EE/informacion/Resolucion.cpe?idRes=phPjVOiBmT49mCqEsRrm0EmKlH-ztPIG4b4rW7fiX78>,

- Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Guamote. (2011, 11 de noviembre). Resolución Administrativa No. 007-A-GADMCG-2011. <https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/EE/informacion/Resolucion.cpe?idRes=8Rve5G0JjLoxvVBmUE4t7mdNUN4i9xwMWcrdkGFLk3>
- Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Penipe. (2015, 16 de noviembre). Resolución de Declaratoria de Emergencia No. 328-2015. <https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/EE/informacion/Resolucion.cpe?idRes=rhle7FgwbDLAdEbZZdDcf48dzPJPvRZGSrVTOB6zc0U>,
- Gobierno Autónomo Descentralizado Municipal del Cantón Riobamba - Resolución Administrativa No. GADMR-ALC-2020-0002-R <https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/EE/informacion/Resolucion.cpe?idRes=7900>
- Gobierno Autónomo Descentralizado Parroquial Rural Palmira. (2020, 17 de marzo). Resolución Administrativa No. 017. <https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/EE/informacion/Resolucion.cpe?idRes=8911>
- Gobierno Autónomo Descentralizado de la Provincia de Chimborazo. (2020, 16 de marzo). Resolución No. 0021-2020-GADPCH. <https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/EE/informacion/Resolucion.cpe?idRes=USVZSGKIX3D7NeXGVy5Yq7yvjjwFEeZV9RdwVM4KtpGI>,
- Haro, D. (2018). *Análisis de la determinación presuntiva de los indicios de responsabilidad penal en los delitos de peculado en la acción de la Contraloría General del Estado*. [tesis de pregrado, Universidad del Azuay]. Repositorio Institucional PUCE. <http://190.15.137.77/bitstream/11010/182/1/TESIS%20DAYANA%20HARO.pdf>
- Landázuri, M. (2014). *La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su incidencia en el cumplimiento de los principios que rigen la contratación pública*. [tesis de pregrado, Universidad San Francisco de Quito]. Repositorio Institucional USFQ. <http://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/3515/1/111727.pdf>
- Medina, T. (2010). Las respuestas normativas al fenómeno de la corrupción en la contratación pública. *Diario La Ley*. 7382. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3179811>

- Montenegro, J. (2019). *La exclusión del tráfico de influencias como parte del delito de peculado y sus consecuencias jurídicas*. [tesis de pregrado, Universidad Nacional de Chimborazo]. Repositorio Institucional UNACH. <http://dspace.unach.edu.ec/bitstream/51000/6393/1/LA%20EXCLUSI%C3%93N%20DEL%20TR%C3%81FICO%20DE%20INFLUENCIAS%20COMO%20PARTE%20DEL%20DELITO%20DE%20PECULADO.pdf>
- Ochoa, B. (2017). *El sujeto activo en el delito de peculado en el Ecuador y crítica al tipo penal en el COIP*. [tesis de pregrado, Universidad de Cuenca]. Repositorio Institucional UCUENCA. <http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/28633/1/Trabajo%20de%20Título%20de%20Graduación.pdf>
- Ordoñez, J. (2016). *Delitos contra la eficiencia de la administración pública, legislación ecuatoriana y tratados internacionales: juzgamiento en ausencia*. [tesis de pregrado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador]. Repositorio Institucional UAZUAY. <http://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/6568/1/12662.pdf>
- Paredes, C. (2009). *El delito de peculado en el Ecuador*. [tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar]. Repositorio Institucional UASB. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/699/1/T755-MDP-Paredes-El%20delito%20de%20peculado.pdf>
- Peña, A. (2016). *Delitos contra la Administración Pública - Usurpación de función pública, violencia y resistencia a la autoridad*. (1era ed.). Instituto Pacífico S.A.C.
- Presidencia de la República. (2009, 12 de mayo). *Reglamento a la Ley Orgánica Sistema Nacional Contratación Pública*. Registro Oficial Suplemento 588. https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wpcontent/uploads/downloads/2016/11/CONTRATO-REGLAMENTO_A_LA_LEY_ORGANICA_SISTEMA_NACIONAL_CONTRATACION_PUBLICA.pdf
- Salazar, D. (2019). Presentación Perfil Criminológico. *Revista Perfil Criminológico – FGE*, 26, 3-5. <https://www.fiscalia.gob.ec/pdf/politica-criminal/Revista-Corrupcion.pdf>
- Scheller, A. y Silva, S. (2017). La corrupción en la contratación pública: operatividad, tipificación, percepción, costos y beneficio. *Revista Via Iuris*, 23, 1-36. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6773362.pdf>

- Sierra, B. (2015). *La determinación legislativa de la pena del delito de peculado frente al principio de proporcionalidad penal*. [tesis de pregrado, Institucional Universidad Central del Ecuador]. Repositorio. UCE. <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/5309/1/T-UCE-0013-Ab-331.pdf>
- Secretaria de Gestión de Riesgos. (2015, 10 de abril). Resolución de Emergencia No. SGR-04-2015. https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/EE/informacion/Resolucion.cpe?idRes=UTI2hNYZSVO4FMhwq1EIYBWLfk_4ebVjLkEyalVGyic,U
- Servicio Nacional de Contratación Pública. (2020a, 19 de marzo). RESOLUCIÓN Nro. RE-SERCOP-2020-0104. <https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2020/03/Resoluci%C3%B3n-104-SERCOP-19-Marzo-2020.pdf>
- Servicio Nacional de Contratación Pública. (2020b). *Procedimiento en situaciones de emergencia*. <https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/downloads/2020/04/emergencia2020v1.pdf>
- Universidad Nacional de Chimborazo. (2020, 27 de marzo). Resolución No. 0011-PC-UNACH-2020. <https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/EE/informacion/Resolucion.cpe?idRes=8335>
- Valverde, A. (2018). *El peculado menor resuelto como tráfico de influencias afecta a la seguridad jurídica en Ecuador*. [tesis de pregrado, Universidad de las Américas]. Repositorio Institucional UDLA. <http://dspace.udla.edu.ec/bitstream/33000/10406/1/UDLA-EC-TAB-2018-50.pdf>
- Zúñiga, C. (2011). La contratación pública en Ecuador. *Revista Jurídica UCSG*, 12, 67-82. https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2011/12/67_a_82_la_contratacion.pdf

11. ANEXOS

Anexo 1: Encuesta a jueces y fiscales de la provincia de Chimborazo



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO
FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS
CARRERA DE DERECHO

GUÍA DE ENCUESTA

Destinatarios: Jueces y Fiscales de la provincia de Chimborazo

Objetivo: Obtener respuestas respecto a la temática planteada por medio de los aportes que usted pueda brindar a la presente.

Introducción: La presente encuesta tiene por objeto recabar información para la realización del proyecto de investigación titulado “El peculado en contratación pública durante el estado de emergencia y las consecuencias jurídico-penales recaídas en servidores públicos de Chimborazo” la misma que tendrá fines eminentemente académicos.

Cuestionario

1.- ¿Piensa usted, qué la contratación en estado de emergencia es utilizada para cometer actos de corrupción?

Si

No

¿Por qué?

.....

2.- ¿Considera usted, qué los procedimientos y mecanismos de contratación pública en todas sus fases cumplen todas las normas jurídicas vigentes?

Si

No

¿Por qué?

.....

3.- ¿Cuál de estos delitos en contra de la eficiente administración pública considera usted es cometido con más frecuencia?

- Peculado
- Cohecho
- Concusión
- Otro. (Escriba)

.....
4.- Desde su perspectiva. ¿Cuántos casos sentenciados en contra de servidores públicos por el delito de peculado conoce?

- 1-2
- 3-4
- Otro, especifique

.....
5.- ¿Conoce casos dónde el Estado haya ejercido el derecho de repetición sobre servidores públicos para recuperar el dinero producto del peculado?

.....
6.- Del 1 al 5 ¿Cuánto calificaría usted la eficiencia, eficacia y transparencia en la actuación de la administración de justicia frente a servidores públicos procesados por peculado?

.....
7.- Como parte del sistema de justicia, ¿considera usted que se cumple el principio de igualdad legal al momento de dictar medidas cautelares sobre servidores públicos y ciudadanos?

- Si
- No

¿Por qué?

.....

Anexo 2: Encuesta a servidores públicos y ciudadanía en general.



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO
FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS
CARRERA DE DERECHO

GUÍA DE ENCUESTA

Destinatarios: Servidores públicos de la provincia de Chimborazo y ciudadanía del cantón Riobamba.

Objetivo: Obtener respuestas respecto a la temática planteada por medio de los aportes que usted pueda brindar a la presente.

Introducción: La presente encuesta tiene por objeto recabar información para la realización del proyecto de investigación titulado “El peculado en contratación pública durante el estado de emergencia y las consecuencias jurídico-penales recaídas en servidores públicos de Chimborazo” la misma que tendrá fines eminentemente académicos.

Cuestionario

1.- ¿Sabe usted, qué es la contratación pública en estado de emergencia?

SI

NO

2.- ¿Conoce usted, qué es el peculado y cuál es su pena?

SI

NO

3.- ¿Cree en la transparencia del sistema de contratación pública en el Ecuador?

SI

NO

4.- ¿Está de acuerdo, que la pena privativa de libertad que determina el COIP a los servidores que cometan peculado sea de 10 a 13 años?

Si

No

¿Por qué?

.....

5.- ¿Cree en la transparencia o independencia de la administración de justicia en procesos penales contra funcionarios públicos?

Si

No

¿Por qué?

.....

6.- ¿Cree que los jueces aplican el principio de igualdad en el momento de disponer medidas cautelares sobre servidores públicos a diferencia de cualquier ciudadano?

Si

No

¿Por qué?

.....