



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

**TESIS DE GRADO PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO
DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**

TÍTULO

“El informe de indicios de responsabilidad penal de la Contraloría General del Estado y sus efectos jurídicos en los procesos penales que por peculado se sustanciaron en la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Riobamba, durante el periodo 2013-2015”

AUTORA:

Priscila Carolina Chávez Paredes

TUTOR:

Dr. Oswaldo Ruiz Falconí

RIOBAMBA- ECUADOR

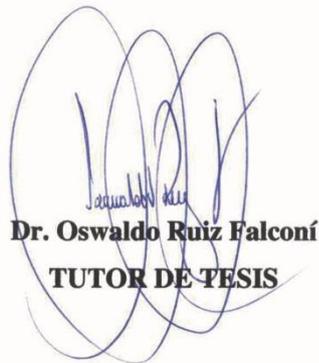
2015-2016

CERTIFICACIÓN

DR. OSWALDO RUIZ FALCONÍ, CATEDRÁTICO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS POLITICAS Y ADMINISTRATIVAS DE LA ESCUELA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO.

CERTIFICO:

Haber asesorado y revisado detenida y minuciosamente durante todo su desarrollo, la tesis titulada: “EL INFORME DE INDICIOS DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO Y SUS EFECTOS JURÍDICOS EN LOS PROCESOS PENALES QUE POR PECULADO SE SUSTANCIARON EN LA UNIDAD JUDICIAL PENAL CON SEDE EN EL CANTÓN RIOBAMBA, DURANTE EL PERÍODO 2013-2015”, realizada por Priscila Carolina Chávez Paredes, por lo tanto, autorizo realizar los trámites legales para su presentación.



Dr. Oswaldo Ruiz Falconí
TUTOR DE TESIS

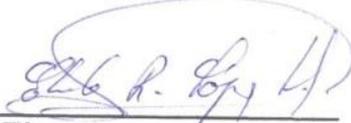
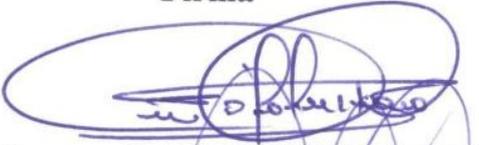
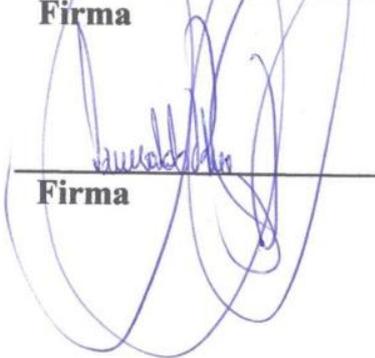


UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO
FACULTAD DE CIENCIAS POLITICAS Y ADMINISTRATIVAS
ESCUELA DE DERECHO

TÍTULO:

“EL INFORME DE INDICIOS DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO Y SUS EFECTOS JURÍDICOS EN LOS PROCESOS PENALES QUE POR PECULADO SE SUSTANCIARON EN LA UNIDAD JUDICIAL PENAL CON SEDE EN EL CANTÓN RIOBAMBA, DURANTE EL PERÍODO 2013-2015”. Tesis de grado previa 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

PRESIDENTE Dr. Eduardo López	<u>10</u> Calificación	<u></u> Firma
MIEMBRO 1 Dr. Sófoles Haro	<u>10</u> Calificación	<u></u> Firma
MIEMBRO 2 Dr. Oswaldo Ruíz	<u>10</u> Calificación	<u></u> Firma
NOTA FINAL	<u>10</u>	

DERECHOS DE AUTORÍA

El resultado de la investigación, ideas, doctrinas, resultados y recomendaciones expuestas en el presente trabajo investigativo y los derechos de autoría pertenecen a la Universidad Nacional de Chimborazo.

A handwritten signature in blue ink, enclosed in a blue oval. The signature reads "Priscila Carolina Chávez Paredes" with a stylized flourish at the end.

Priscila Carolina Chávez Paredes

C.I.: 0604590000

AGRADECIMIENTO

Mi gratitud eterna a la Universidad Nacional de Chimborazo y a los profesores que la integran, por brindarme el conocimiento y aprendizaje a través de estos años, con lo que he logrado salir adelante y culminar mi carrera profesional.

Priscila Carolina Chávez Paredes

DEDICATORIA

El presente trabajo investigativo está dedicado a mi hija Ammy Laborde quien ha sido el pilar fundamental para lograr mi objetivo.

A mi esposo por brindarme el apoyo y comprensión necesaria durante mis años de estudio.

Y a mis padres por confiar en mí y darme impulsos para siempre seguir adelante y nunca abandonarme en el transcurso de mi carrera universitaria.

Priscila Carolina Chávez Paredes

ÍNDICE GENERAL

DERECHOS DE AUTORÍA	III
AGRADECIMIENTO	IV
DEDICATORIA	V
ÍNDICE DE TABLAS	X
ÍNDICE DE GRÁFICOS	XII
RESUMEN	XIV
SUMARY	XV
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	3
1.- MARCO REFERENCIAL	3
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.	3
1.2. - FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.	5
1.3. – OBJETIVOS.	5
1.3.1. Objetivo General.	5
1.3.2. Objetivos Específicos.	5
1.4.- JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL PROBLEMA.	6
CAPÍTULO II	8
2.- MARCO TEÓRICO.	8
2.2.- FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA.	8
UNIDAD I	10
CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO	10
1.1.- RESEÑA HISTÓRICA.	10
1.1.1.- Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.	14
1.2.- AUDITORÍA GUBERNAMENTAL.	15
1.2.1.- Definición.-	15
1.2.2.- Objetivos de la Auditoría Gubernamental.	16
1.2.3.- Características.	16
1.2.4.- Descripción del proceso de Auditoría Gubernamental.	17
1.2.5.- Normativa legal y técnica de auditoría.	19
1.3.- CLASES DE AUDITORÍA.	20
1.3.1.- Concepto de Auditoría.	20
1.3.2.- De acuerdo con la Naturaleza.	21
1.3.3.- De acuerdo con quién la realiza.	24

1.4.- DE LA DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDADES.	28
1.4.1 Determinación de responsabilidad administrativa.	29
1.4.2.- Determinación de responsabilidad civil.	33
1.4.2.1.- Elementos jurídicos de la responsabilidad civil.	34
1.5.- RESPONSABILIDAD PENAL.	36
1.5.1.- Concepto.-	36
1.5.2.- Tipos de responsabilidad penal.	36
1.5.3 Responsabilidad penal de las personas.	37
1.5.4.- El dolo.	39
1.5.4.1.- Elementos constitutivos del dolo.	40
1.6.- INDICIOS DE RESPONSABILIDAD PENAL.	41
1.6.1.- Hechos que originan el indicio de la responsabilidad penal	41
1.6.2.- Indicios y Presunciones.	43
1.6.3.- ¿Quién determina los indicios de responsabilidad penal?	44
1.7.- INFORME DE INDICIOS DE RESPONSABILIDAD PENAL.	45
1.7.1.- Qué son los informes.	45
1.7.2.- Estructura de los informes con indicios de responsabilidad penal.	45
1.7.3.- Contenido de los informes con indicios de responsabilidad penal	46
UNIDAD II	48
DEL PROCESO PENAL	48
2.1.- DE LA FISCALÍA.	48
2.1.1.- Concepto.-	48
2.2.- FUNCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO.	49
2.2.1.- Constitución de la República del Ecuador.	49
2.2.2.- Código Orgánico de la Función Judicial.	50
2.2.3.- Atribuciones de la Fiscalía según el Código de Procedimiento Penal.	51
2.2.4.- Atribuciones de la Fiscalía según el Código Orgánico Integral Penal.	52
2.3.- FISCAL COMO PARTE PROCESAL.	52
2.3.1.- Concepto.-	52
2.4.- DE LA INDAGACIÓN E INVESTIGACIÓN PREVIA.	52
2.4.1.- Valor probatorio de la Indagación Previa.	53
2.4.2. - La reserva en la Indagación e Investigación Previa.	54
2.4.3. - Formas de concluir la Indagación Previa.	54
2.5.- DE LA INSTRUCCIÓN FISCAL.	56

2.5.1.- Duración de la Instrucción Fiscal.	58
2.5.2 Cierre de la Instrucción Fiscal.	59
2.5.2.1.- La abstención de acusar.	60
2.5.2.2.- El dictamen acusatorio.	60
2.6.- Actuación de Fiscalía ante un indicio de responsabilidad penal.	61
UNIDAD III	62
3.1.- DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.	62
3.1.1.- Concepto.-	62
3.1.2.- Generalidad legal del delito.-	64
3.1.3.- Objetivo de la administración pública.	67
3.1.4.- Proceso Técnico – Jurídico.	67
3.2.- BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.	68
3.3.- EL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN	70
3.4.- EL PECULADO.	73
3.4.- GENERALIDADES DEL DELITO DE PECULADO.	74
3.4.1.- La corrupción.	74
3.5.- EL PECULADO COMO DELITO.	75
3.5.1.- Análisis del delito de peculado.	77
3.5.2.- Clases de Peculado	82
3.5.3.- Elementos constitutivos del peculado	83
3.5.4.- Características del delito de peculado	84
3.5.5.- Elementos objetivos del tipo de peculado.	84
3.5.5.1.- Sujeto Activo.	85
3.5.5.2.- Sujeto Pasivo.	86
3.5.5.3.- Verbo Rector.	87
3.5.6.- Juicio en ausencia.	87
3.5.7.- Bien jurídico protegido en el delito de peculado.	88
3.6.- OBJETIVO DE LA ACCIÓN U OMISIÓN.	89
3.7.- SISTEMA ACUSATORIO ORAL PÚBLICO.	89
DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS	91
UNIDAD IV	93
4.1.- UNIDAD HIPOTÉTICA.	93
4.1.1.- Hipótesis.	93
4.2.- VARIABLES.	93

4.2.1.- Variable independiente.	93
4.2.2.- Variable dependiente.	93
4.3.- OPERACIONALIZACION DE LAS VARIABLES.	93
CAPÍTULO III	97
MARCO METODOLÓGICO	97
3.1.- MÉTODO CIENTÍFICO	97
3.1.1.- Tipo de investigación.	97
3.1.2.- Diseño de la investigación.	98
3.2.- POBLACIÓN Y MUESTRA.	98
3.2.1.- Población.	98
3.2.2.- Muestra.	99
3.3.- TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.	99
3.3.1.- Técnicas.	100
3.3.2.- Instrumentos.	100
3.4.- TÉCNICAS PARA EL PROCESAMIENTO E INTERPRETACIÓN DE DATOS.	100
3.5.- ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS.	101
3.6.- COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS.	112
CAPÍTULO IV	113
4.3.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.	113
4.3.1.- Conclusiones	113
4.3.2.- RECOMENDACIONES.	115
BIBLIOGRAFÍA	117
BIBLIOGRAFÍA	117
ANEXO 1	120
ENCUESTA	120
ANEXO 2	125
RESOLUCIÓN DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA	125

ÍNDICE DE TABLAS

TABLA1 Operacionalización de variables.....	94
TABLA2 Población Implicada.....	99
TALA3 ¿Conoce usted qué es un informe de indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado?.....	101
TABLA4 ¿Conoce usted cuál es el procedimiento a seguir por parte de la Contraloría General del Estado en la elaboración de un informe de indicios de responsabilidad penal?.....	102
TABLA5 ¿Considera usted que el informe de indicios de responsabilidad penal de la Contraloría General del Estado es requisito fundamental para el inicio de una investigación Fiscal en delitos de administración pública?.....	103
TABLA6 ¿Conoce usted cuáles son los delitos de administración pública en nuestro país?.....	104
TABLA7 ¿Sabe usted que es un delito de peculado?.....	105
TABLA8 ¿Considera usted que Fiscalía siendo el titular de la acción pública, en los delitos de peculado realiza una investigación a fondo en la etapa pre procesal y procesal que se desarrolla en la misma?.....	106
TABLA9 ¿Considera usted que además del informe de indicios de responsabilidad penal que emite la Contraloría General del Estado, deben existir investigaciones adicionales por parte de Fiscalía para que de esta manera no se limite la investigación solo a los puntos establecidos en el informe?.....	107
TABLA10 ¿Cómo calificaría usted la actuación de Fiscalía en la investigación, frente a un proceso penal por el delito de peculado?.....	108
TABLA11 ¿Considera usted que Fiscalía se limita en su investigación al tener en sus manos el informe de indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado?.....	109
TABLA12 ¿Considera usted que el informe de indicios de responsabilidad penal acarrea efectos jurídicos como por ejemplo el sobreseimiento de un procesado?.....	110

TABLA13 ¿Considera usted que en etapa de juicio, una vez judicializado el informe de indicios de responsabilidad penal debidamente elaborado por Contraloría y manejado de manera correcta por Fiscalía, se vuelve fundamental para la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales en cuanto a la ratificación de inocencia o condena de los procesados?.....111

ÍNDICE DE GRÁFICOS

ILUSTRACIÓN 1 ¿Conoce usted qué es un informe de indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado?.....	101
ILUSTRACIÓN 2 ¿Conoce usted cuál es el procedimiento a seguir por parte de la Contraloría General del Estado en la elaboración de un informe de indicios de responsabilidad penal?.....	102
ILUSTRACIÓN 3 ¿Considera usted que el informe de indicios de responsabilidad penal de la Contraloría General del Estado es requisito fundamental para el inicio de una investigación Fiscal en delitos de administración pública?.....	103
ILUSTRACIÓN 4 ¿Conoce usted cuáles son los delitos de administración pública en nuestro país?.....	104
TABLA7 ¿Sabe usted que es un delito de peculado?.....	105
TABLA8 ¿Considera usted que Fiscalía siendo el titular de la acción pública, en los delitos de peculado realiza una investigación a fondo en la etapa pre procesal y procesal que se desarrolla en la misma?.....	106
TABLA9 ¿Considera usted que además del informe de indicios de responsabilidad penal que emite la Contraloría General del Estado, deben existir investigaciones adicionales por parte de Fiscalía para que de esta manera no se limite la investigación solo a los puntos establecidos en el informe?.....	107
TABLA10 ¿Cómo calificaría usted la actuación de Fiscalía en la investigación, frente a un proceso penal por el delito de peculado?.....	108
TABLA11 ¿Considera usted que Fiscalía se limita en su investigación al tener en sus manos el informe de indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado?.....	109
TABLA12 ¿Considera usted que el informe de indicios de responsabilidad penal acarrea efectos jurídicos como por ejemplo el sobreseimiento de un procesado?.....	110
TABLA13 ¿Considera usted que en etapa de juicio, una vez judicializado el informe de indicios de responsabilidad penal debidamente elaborado por Contraloría y manejado de manera correcta por Fiscalía, se vuelve fundamental para la sentencia dictada por el Tribunal	

de Garantías Penales en cuanto a la ratificación de inocencia o condena de los
procesados?.....111

RESUMEN

El presente trabajo de investigación está conformado por cuatro capítulos divididos de la siguiente manera:

El primer Capítulo denominado Marco Referencial contiene lo siguiente: Planteamiento del problema, Formulación del problema, Objetivos y Justificación del problema.

Dentro del Segundo Capítulo titulado Marco Teórico, se explica el tema objeto de estudio desde el punto de vista doctrinario y teórico, contiene cuatro unidades: La primera se refiere a la Contraloría General del Estado y sus funciones determinadas en la Constitución de la República del Ecuador, auditoría gubernamental (trámite), responsabilidades administrativa y civil culposa determinadas en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado para posteriormente analizar el informe de indicios de responsabilidad penal; la segunda unidad se refiere a la Fiscalía y sus funciones tanto en etapa de indagación previa como en instrucción fiscal, la tercera unidad hace referencia al delito de peculado en general y el proceso penal con actuación de la Fiscalía General del Estado; y, por último, la unidad cuarta que contiene el desarrollo general de la hipótesis con las variables aplicadas al tema de investigación.

En el Tercer Capítulo denominado Marco Metodológico, se realiza la investigación de campo, tabulación de los datos e información recolectada de las encuestas realizadas, además se elaboró un análisis de los resultados y finalmente la comprobación de la hipótesis, a través de la interpretación de los datos obtenidos en la investigación.

En el cuarto capítulo se pone a consideración las conclusiones y recomendaciones finales del trabajo investigativo.

Abstract

This investigation work consists of four chapters divided in the following way:

The first chapter called Referential Framework which composes: the Problem Statement, Problem Formulation, Objectives and the Rational of the Problem.

In the second chapter on Theoretical Framework is explained the theme object of study from the doctrinaire and theoretical view, it has four units. The first one refers to the Contraloría General del Estado and its performance mentioned in La Constitución de la República del Ecuador, government auditing (formality), the administrative responsibilities and civilians responsible determined in La Ley Orgánica de la Contraloria General del Estado. Subsequently the report of evidence of criminal accountability is analyzed; the second unit refers to the Public Prosecutor and its role both in the pre-trial investigation phase and Public Prosecutor, the third unit makes reference to crimes of embezzlement in general and criminal proceedings with the action by the Public Prosecutor. The fifth unit mentions the analysis of case study about an embezzlement trial substantiated in la Unidad Judicial Penal based in Riobamba canton with its respective legislation and appeal and appeal in cassation; and finally the fourth unit consists of the development of the hypothesis with the variables implemented to the theme of investigation.

In the third chapter termed Methodological Framework, the field research takes place, data tabulation and information gathered from undertaken surveys, besides the analysis of results was performed, at last the testing of hypotheses through the interpretation of data collected in the study. In the fourth chapter the closing conclusions and recommendations of the investigation are submitted to the consideration.


Reviewed by: Moyota, Patricia
Language Center Teacher



INTRODUCCIÓN

La Constitución de la República del Ecuador en sus artículos 211 y 212 establece la competencia y funciones de la Contraloría General del Estado, de los referidos artículos se desprende que esta institución es la encargada del control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos. Entre las funciones de la Contraloría están: Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado y que es la materia de esta investigación.- Por lo tanto toda persona que ingresa a trabajar en una institución del sector público, conoce sus obligaciones y derechos, percatándose de los límites que deben establecer para no llegar al cometimiento de delitos, en este caso de la Administración Pública.

Por lo antes mencionado, la Contraloría General del Estado, a través de sus informes es la única institución que puede determinar indicios de responsabilidad penal en contra de un servidor público y una vez puesto estos informes en conocimiento de la Fiscalía, ésta dará inicio a la investigación pre procesal y de ser el caso se convertirá en un proceso penal que llegará a conocimiento de un Juez, quien emitirá sentencia condenatoria o ratificatoria de inocencia.

En muchas ocasiones los informes emitidos por la Contraloría General del Estado que determinan indicios de responsabilidad penal y que han sido puestos en conocimiento de la Fiscalía, no pasan de la etapa pre procesal de indagación previa o investigación previa, en muy pocos casos se convierten en juicios de peculado que tras una larga investigación llega a obtener una sentencia condenando o absolviendo al imputado.

Esta investigación ha realizado un análisis teórico del procedimiento tanto para auditoría gubernamental como para el tipo penal y el procedimiento fiscal, mismos que se encuentran en el texto constitucional y legal, todo esto a fin de determinar los efectos

jurídicos que producen el informe de indicio de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado.

De la investigación de campo realizada, se pudo determinar que la sociedad conoce el papel que ejerce la Contraloría General del Estado, en el control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos, que además conocen que a través de los informes emitidos por dicha institución se puede iniciar una investigación, cuando de dichos informes se desprenden indicios de responsabilidad penal contra un servidor público. Además, que el juicio de peculado debe iniciarse gracias a estos informes y que es a través de fiscalía que se realiza las investigaciones correspondientes para poder obtener una sentencia que repare el daño causado al Estado.

CAPÍTULO I

1.- MARCO REFERENCIAL

1.1.PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

La Constitución de la República del Ecuador, en su Art. 212, establece las funciones de la Contraloría General del Estado y en el numeral 2 ibídem le faculta determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado. Pero para poder determinar los efectos jurídicos que conllevan los informes de indicios de responsabilidad penal emitidos por la Contraloría General del Estado se debe tener presente también lo establecido en el Art. 65 de la Ley de la Contraloría General del Estado, que en síntesis manifiesta que de los informes de las auditorías o exámenes especiales, practicados por los servidores de la Contraloría se establezcan indicios de responsabilidad penal por el delito de peculado y otros, se procede de la siguiente manera: Se lo inicia con el examen de auditoría externa realizado por el Auditor Jefe de Equipo, quien hará conocer el informe respectivo al Contralor o a sus delegados, quienes luego de aprobarlo remitirán a la Fiscalía el informe de indicios de responsabilidad penal con toda la evidencia acumulada a fin de que ejercite la acción penal correspondiente en fase pre procesal y procesal, resolviendo el inicio de la Instrucción Fiscal, llegando así ante un Juez para que determine primeramente medidas cautelares observando los intereses del Estado; y, posterior a esto determine la culpabilidad o inocencia del servidor público imputado. De esta manera la investigación se encuentra plasmada en la actuación con la que ha procedido la Fiscalía al momento de recibir el informe de indicios de responsabilidad penal, percatándose si aquel informe fue tomado como una prueba o un indicador de iniciación de un proceso, convirtiéndose el informe en una pieza fundamental para determinar los efectos jurídicos que se presenten durante el desarrollo del proceso penal, así como también la responsabilidad subjetiva y objetiva del servidor público procesado, considerando que el informe podría ser la pauta principal para la imputación de un delito.

Por lo que desde un inicio el informe debería necesariamente ser considerado como tal, y más no como una prueba, porque a futuro su mala utilización puede provocar la nulidad del proceso, obteniendo como consecuencia la libertad del imputado y el perjuicio al Estado.

La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, en sus Arts. 5, 14, 18, 24 y 65, entre otros, manifiesta todo lo requerido sobre los indicios de responsabilidad penal, de los cuales se coligen: el procedimiento, la pena y la ejecución del procedimiento. Que de estar mal efectuado el proceso de control y auditoría puede provocar la nulidad de todo o parte del proceso penal e inclusive acarrearía el sobreseimiento del servidor público causando de esta forma un daño mayor al Estado.

De la investigación realizada se puede determinar que en la ciudad de Riobamba dentro de la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Riobamba, consta un solo caso por peculado sin fuero, en el que se ha obtenido sentencia por parte del Tribunal Penal de Garantías Penales, que los otros 5 casos iniciados por los informes emitidos por la Contraloría General del Estado en donde se han determinado responsabilidades penales en contra de un servidor público sin fuero, la fiscalía aún los mantiene en etapa de indagación previa por no contar con los elementos suficientes para corroborar el informe emitido por la Contraloría, por lo tanto estos procesos aún no han llegado a conocimiento de un juzgador.

Mi investigación busca determinar si en realidad el informe que contiene indicios de responsabilidad penal en contra de un servidor público que no cuenta con fuero, acarrea efectos jurídicos en los procesos penales por peculado que se tramitaron en la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Riobamba y si su tramitación se lo realiza en la forma que la ley lo dispone.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.

¿Cómo el informe de indicios de responsabilidad penal de la Contraloría General del Estado produce efectos jurídicos en los procesos penales que por peculado se sustanciaron en la Unidad Judicial Penal con sede en el Cantón Riobamba durante el período 2013-2015?

1.3. OBJETIVOS.

1.3.1. Objetivo General.

- Determinar de qué manera el informe que contiene indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado provoca efectos jurídicos en los procesos penales que por peculado se sustanciaron en la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Riobamba durante el periodo 2013-2015.

1.3.2. Objetivos Específicos.

- Realizar un análisis en forma crítica y jurídica al informe de indicios de responsabilidad penal que emite la Contraloría General del Estado, en los juicios de peculado.
- Estudiar el procedimiento y normas legales que regulan el proceso penal y manejo de la investigación con el informe de indicios de responsabilidad penal por parte de Fiscalía General del Estado.

- Determinar a través de la investigación de campo los efectos jurídicos que produce el informe de indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado.

1.4.- JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA DEL PROBLEMA.

Este trabajo investigativo tiene como finalidad analizar la actuación de la Contraloría General del Estado a través de los informes de indicios de responsabilidad penal; la actuación de la Fiscalía dentro de la investigación y el pronunciamiento del Juez al momento de resolver un juicio, a fin de poder determinar los efectos jurídicos dentro de este proceso de peculado.

Lo que yo como investigadora y titular de esta investigación pretendo, es llegar a conocer los aspectos elementales que trae consigo las auditorías gubernamentales realizadas a las Instituciones del Estado y de las cuales se desprenden los Informes de Indicios de Responsabilidad Penal de la Contraloría General del Estado, siendo este el tema principal de la investigación.

Además, pretendo conocer el grado de capacitación con el que cuentan los auditores de la Contraloría General del Estado, para la elaboración de los informes que implica la determinación de responsabilidad.

El informe de indicios de responsabilidad penal al momento de ser remitido a Fiscalía para las respectivas investigaciones, se presta a la interpretación y observación de los diversos criterios fiscales que conozcan la causa, debido a que no todos los señores Fiscales de Chimborazo cuentan con la misma visión ni perspectiva de las cosas, haciendo énfasis en este punto en la aplicación y procedimiento de Fiscalía al informe enviado por la Contraloría General del Estado para que inicie con la respectiva investigación de acuerdo al caso o delito cometido.

El fin primordial de esta investigación es realizar un informe crítico-analítico de los procesos de peculado con su informe de indicios de responsabilidad penal de la Contraloría General del Estado y los efectos jurídicos que produce, con el fin de descubrir el procedimiento positivo o negativo que se ha llevado a cabo en estos.

CAPÍTULO II

2.- MARCO TEÓRICO.

2.1.- ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.

Luego de haber realizado una búsqueda e investigación documental-bibliográfica en varias bibliotecas en la ciudad de Riobamba, en especial en la biblioteca de la Universidad Nacional de Chimborazo dentro de la Carrera de Derecho, se ha llegado a determinar que trabajos similares o iguales al realizado no existen.

La investigación fue realizada, en la Biblioteca de la Universidad Nacional de Chimborazo, en la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Riobamba, en el Departamento Jurídico de la Dirección Regional de la Contraloría General del Estado, debido a que, para la realización de la misma se han tomado procesos por el delito de peculado sin fuero.

2.2.- FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA.

Este trabajo se fundamenta desde el punto de vista jurídico-legal en la Constitución de la República del Ecuador en los Artículos 211 y 212, en la Ley Orgánica y Reglamento de la Contraloría General del Estado, en sus artículos 14, 18, 19 y 65; Código Orgánico Integral Penal, Código Penal anterior, disposiciones sobre auditorías manifestadas en el Registro oficial Nro. 827 de fecha 09 de noviembre del 2012 con modificación de 23 de noviembre del 2015 y del mismo modo puesto a que es un análisis crítico y valorativo, se sustentará también en sentencias emitidas por la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Riobamba por el delito de peculado y en Jurisprudencia emitida por la actual Corte Nacional de Justicia.

Por otro lado, desde el punto de vista Filosófico la presente investigación se fundamenta en la teoría del racionalismo y la teoría del conocimiento, puesto que estas teorías nos permiten llegar a la verdad a través del pensamiento y la razón, reflexionando doctrinas, teorías, informes y preceptos legales a fin de llegar a un nuevo conocimiento del problema investigado.

UNIDAD I

CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO

1.1.- RESEÑA HISTÓRICA.

La historia de la Contraloría General del Estado nace el 2 de diciembre de 1927, como consecuencia del asesoramiento prestado al país, por la Misión Kemmerer, entró en vigencia la Ley Orgánica de Hacienda, publicada en el Registro Oficial N° 448 de 16 de noviembre de 1927, que crea la Contraloría General de la Nación, como departamento independiente del gobierno, con el objeto de realizar el control fiscal, compilar cuentas y constituir la oficina central de la Contabilidad del Estado.

La Constitución de 1945, Título Duodécimo establece el fin de la creación de la Contraloría General de la Nación y de la Superintendencia de Bancos, interpuestos de la siguiente manera:

- **Art. 137.-** Con el fin de cuidar de la correcta recaudación e inversión de los fondos del Estado, créase la Contraloría General de la Nación, dirigida por un Contralor General designado por el Congreso. El Contralor durará cuatro años en su cargo.
- **Art. 139.-** Para vigilar el funcionamiento de las instituciones de crédito y hacer que cumplan las leyes, créase la Superintendencia de Bancos, dirigida por un Superintendente designado por el Congreso en la forma determinada en esta Constitución. El Superintendente de Bancos durará cuatro años en su cargo y nombrará el personal de su dependencia, conforme a la ley.
- **Art. 140.-** La ley determinará las atribuciones, deberes y funcionamiento de la Contraloría General de la Nación y de la Superintendencia de Bancos, así como los casos de remoción y subrogación del Contralor y del Superintendente.

La Constitución del año 1946 es la que por primera vez establece funciones a la Contraloría General de la Nación en los siguientes artículos:

- **Art. 149.-** La Contraloría General de la Nación cuidará de la correcta recaudación e inversión de los fondos públicos, y juzgará las respectivas cuentas.

El Contralor General de la Nación será elegido cada cuatro años por el Congreso Pleno.

El Contralor General de la Nación, en cuanto juzga y falla las cuentas de los rindentes, desempeña función judicial; y esta función y las otras que le competen serán determinadas en las respectivas leyes.

- **Art. 150.-** La Contraloría General de la Nación es autónoma en sus funciones administrativas. Corresponde al Contralor la designación del personal de esta dependencia, conforme la ley.

El Contralor informará anualmente al Congreso acerca de su labor.

Con el Decreto Ley 1065-A, se reforma a la ley Orgánica de Hacienda de 1927; tales enmiendas son codificadas en 1960, estableciendo que la Contraloría debe tener un sistema moderno de control (Sistema Integrado de Administración Financiera y Control) con el fin de precautelar la economía, efectiva y eficiente administración de los recursos humanos, materiales y financieros, para controlar oportunamente los fondos fiscales y satisfacer las necesidades del servicio público y del desarrollo del país.

En la constitución de 1967 se le asignaron, además, funciones de fiscalización y se cambió la denominación de "Contraloría General de la Nación" por la de Contraloría General del Estado.

En 1977 se expide la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control (LOAFYC) publicada en el Registro Oficial 337, de 16 de mayo de ese año, con la cual se sustituyó a la Ley Orgánica de Hacienda Codificada. La LOAFYC, contiene las normas fundamentales que rigen la estructura y funcionamiento de la Contraloría General del

Estado; en ella se plasmó el cambio de esta Institución dejando atrás el sistema del simple Control Fiscal para instaurar el sistema de Control Gubernamental Moderno de los recursos públicos.

En la Constitución del año 1979, a la Contraloría General del Estado, se la define como el organismo técnico y autónomo, que controla el manejo de los recursos públicos y la normatividad y consolidación contable de los mismos, el control sobre bienes de propiedad de las entidades del sector público y de la asesoría y reglamentación para los fines indicados en el Art. 113 del mismo cuerpo legal. Además, se le confiere el poder de vigilar a las entidades privadas que reciban subvenciones estatales; revisando la correcta utilización de las mismas. Y se delimita el tiempo de duración del Contralor General del Estado en sus funciones, que se fija en cinco años.

En la Constitución de la República del Ecuador del año 2008, se estipula que la Contraloría General del Estado es un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos, estableciendo las funciones de la misma.

Al cambiar la estructura legal y administrativa de la Contraloría, dejó de ser la oficina de Contabilidad e Intervención Fiscal, se constituyó como un Organismo Superior de Control de los recursos de las entidades del sector público. Este control lo efectuará mediante un examen posterior a las operaciones financieras y administrativas de cada entidad a través de exámenes especiales, auditorios financieros y auditorios operacionales.

El 3 de diciembre del 2015 se aprueban las enmiendas Constitucionales entre ellas el Art. 211 y 212 sobre la Contraloría General del Estado. - Registro Oficial N° 653 de fecha 21 de diciembre del 2015, con el fin de evitar la duplicidad de funciones entre la Contraloría General del Estado y otros órganos del poder público, en consecución del principio de eficiencia en la administración pública, quedando la enmienda constitucional de mencionados artículos de la siguiente manera:

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

“**Art.211.- Constitución de la República del Ecuador.** - La Contraloría General del Estado es un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales y de las personas jurídicas de derecho privado que dispongan de recursos públicos”.

Art.212.- Constitución de la República del Ecuador sin reforma. - Serán funciones de la Contraloría General del Estado, además de las que determine la ley:

2.- Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control, sin perjuicio de las funciones que en ésta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado.

Art.212.- Constitución de la República del Ecuador.

2.- Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos sujetas a su control, sin perjuicio de las funciones que en ésta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado”.

Para la enmienda constitucional relacionada con los artículos 211 y 212 de la Constitución de la República del Ecuador los Asambleístas motivaron la propuesta con los siguientes argumentos:

Que las enmiendas son necesarias con el fin de concentrar todos los esfuerzos de la Contraloría General del Estado en el control del uso de los recursos del Estado por

parte de las entidades del sector público y de las entidades privadas que dispongan de recursos públicos. Para ello, es necesario evitar duplicar esfuerzos con otros organismos que también tienen como función verificar el cumplimiento de los objetivos y gestiones de las entidades del Estado.

El pronunciamiento de la Corte Constitucional fue el siguiente:

La modificación constitucional propuesta no menoscaba, reforma o modifica a la Función de Transparencia y Control Social en su integralidad y menos a la Contraloría General del Estado, que es una de las instituciones que la conforman. La Corte es enfática en señalar que al delimitarse las competencias de las instituciones se fortalece la institucionalidad, dado que se determina de manera clara en la Constitución sus funciones, evitando interferencias con otras entidades del Estado. Además, la propuesta de modificación de la Constitución planteada no restringe derechos o garantías, dado que como se ha verificado, es una delimitación de competencias de una entidad estatal, fomentando el diseño de políticas públicas coordinadas que garanticen los derechos de las personas y tampoco modifica el procedimiento de reforma de la Constitución.

1.1.1.- Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

Una vez analizadas las funciones de la Contraloría General del Estado, se procede a analizar el procedimiento efectuado por esta institución, para realizar un informe de indicios de responsabilidad penal de acuerdo a lo que estipula la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado en conjunto con su Reglamento.

La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, es precisa cuando manifiesta que su objeto, es establecer y mantener, bajo la dirección de la Contraloría General del Estado, el sistema de control, fiscalización y auditoría del Estado, y regular su funcionamiento, con la finalidad de examinar, verificar y evaluar el cumplimiento de la visión, misión y objetivos de las instituciones del Estado y la utilización de recursos,

administración y custodia de bienes públicos. Considerando de esta manera a la Contraloría General del Estado como la Entidad Estatal fiscalizadora y controladora, todo aquel desfase o interés personal de los servidores públicos que prestan servicios a las entidades públicas, entendiéndose por recursos públicos, todos los bienes, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado, e inclusive los provenientes de préstamos, donaciones, o cualquier otro título, realicen a favor del Estado o de sus instituciones.

Toda investigación cuenta con una línea de estudio, por lo que es procedente en este punto analizar de manera crítica lo dispuesto en la Ley de la Contraloría General del Estado en cuanto al procedimiento que permite llegar finalmente a obtener indicios de responsabilidad penal en contra de un servidor público, por lo que analizaremos en lo que se basa la Auditoría Gubernamental.

1.2.- AUDITORÍA GUBERNAMENTAL.

1.2.1.- Definición. -

La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, determina que “la auditoría gubernamental realizada por la Contraloría, consiste en un sistema integrado de asesoría, asistencia y prevención de riesgos que incluye el examen y evaluación críticos de las acciones y obras de los administradores de los recursos públicos. La auditoría gubernamental no podrá modificar las resoluciones adoptadas por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus atribuciones, facultades o competencias, cuando éstas hubieran definido la situación o puesto término a los reclamos de los particulares, pero podrá examinar la actuación administrativa del servidor de conformidad con la ley”.

La auditoría gubernamental constituye el examen objetivo, sistemático, independiente, constructivo y selectivo de evidencias, efectuadas a la gestión institucional en el manejo de los recursos públicos, con el objeto de determinar la razonabilidad de la información,

el grado de cumplimiento de los objetivos y metas así como respecto de la adquisición, protección y empleo de los recursos humanos, materiales, financieros, tecnológicos, ecológicos y de tiempo y, si estos, fueron administrados con eficiencia, efectividad, economía, eficacia y transparencia.

1.2.2.- Objetivos de la Auditoría Gubernamental.

La auditoría gubernamental tiene como objeto básico, examinar las actividades operativas, administrativas, financieras y ecológicas de un ente, de una unidad, de un programa o de una actividad, para establecer el grado en que sus servidores cumplen con sus atribuciones y deberes, administran y utilizan los recursos en forma eficiente, efectiva y eficaz, logran las metas y objetivos propuestos; y, si la información que producen es oportuna, útil, correcta, confiable y adecuada (POLIT, 2011).

Este objetivo básico puede ser proyectado para cada una de las modalidades o tipos de auditoría.

1.2.3.- Características.

La auditoría gubernamental se caracteriza por ser:

1. Objetiva, ya que el auditor revisa hechos reales sustentados en evidencias susceptibles de comprobarse, siendo una condición fundamental que el auditor sea independiente de esas actividades.
2. Sistemática, porque su realización es adecuadamente planificada y está sometida a las normas profesionales y al código de ética profesional.
3. Profesional, porque es ejecutada por auditores o contadores públicos a nivel universitario o equivalentes, o equipos multidisciplinarios según la modalidad o

tipo de auditoría y examen especial, que poseen capacidad, experiencia y conocimientos en el área de auditoría gubernamental, quienes deben emitir un informe profesional dependiendo del tipo de auditoría de la que se trate.

4. Selectiva, porque su ejecución se basa en pruebas selectivas, técnicamente sustentadas
5. Imparcial, porque es ejecutada por auditores que actúan con criterio imparcial y no tienen conflicto de intereses respecto de las actividades y personas objeto y sujeto de examen
6. Integral, porque cubre la revisión de las actividades operativas, administrativas, financieras y ecológicas, incluye los resultados de la evaluación del control interno, la legalidad de los actos administrativos, actos normativos y actos contractuales; y,
7. Recurrente, porque el ejercicio de la auditoría gubernamental se ejecuta en forma periódica. (POLIT C. , 2011)

1.2.4.- Descripción del proceso de Auditoría Gubernamental.

Para tener una visión completa del proceso de auditoría gubernamental, se ha dividido en tres fases, y son las siguientes:

1. Planificación de la auditoría. -

Comprende el desarrollo de una estrategia global para la administración y conducción, al igual que el establecimiento de un enfoque apropiado sobre la naturaleza, oportunidad y alcance de los procedimientos de auditoría que deben aplicarse.

Esta fase se fundamenta en la planificación anual de control de las entidades y a su vez comprende la Planificación Preliminar, que consiste en la obtención o actualización de la información de la entidad mediante la revisión de archivos, reconocimientos de las instalaciones y entrevistas con funcionarios responsables de las operaciones, tendientes a identificar globalmente las condiciones existentes y obtener al apoyo y facilidades para la ejecución de la auditoría.

La Planificación Específica que se la define como la estrategia a seguir en el trabajo, fundamentada en la información obtenida en la planificación preliminar y en la evaluación del control interno.

Sobre la base de la calificación de los factores de riesgo por cada componente de la auditoría, se determinará la extensión de las pruebas, se preparará el plan de muestreo y los programas específicos a aplicarse en la siguiente fase.

2. Ejecución del trabajo. -

En esta fase el auditor debe aplicar los procedimientos establecidos en los programas de auditoría y desarrollar completamente los hallazgos significativos relacionados con las áreas y componentes considerados como críticos, determinando los atributos de condición, criterio, efecto y causa que motivaron cada desviación o problema identificado.

Todos los hallazgos desarrollados por el auditor, estarán respaldados en papeles de trabajo en donde se concreta la evidencia suficiente, pertinente, competente y adecuada, que respalda la opinión y el informe y que pueda ser sustentada en juicio.

3. Comunicación de resultados.

Es de fundamental importancia que el auditor mantenga una comunicación continua y constante con los funcionarios y empleados relacionados con el examen, con el

propósito de mantenerles informados sobre las deficiencias y desviaciones detectadas a fin de que en forma oportuna se presente los justificativos o se tomen las acciones correctivas pertinentes.

La comunicación de resultados es la última fase del proceso de la auditoría, sin embargo, ésta se cumple durante la ejecución del examen. Está dirigida a los funcionarios de la entidad examinada con el propósito de que presenten la información verbal o escrita respecto a los asuntos observados.

Esta fase comprende también, la redacción y revisión final del borrador del informe, que será elaborado en el transcurso del examen, con el fin de que, al finalizar el trabajo en el campo y previa convocatoria, se comuniquen los resultados mediante su lectura a las autoridades, funcionarios y ex funcionarios responsables de las operaciones examinadas.

Las normas de ejecución del trabajo en el campo proporcionan al auditor una base para juzgar la calidad de la gestión institucional y de los estados financieros en su conjunto.

El auditor deberá obtener suficiente evidencia comprobatoria competente a través de inspecciones, observaciones, indagaciones y confirmaciones de forma que constituya una base razonable para emitir la opinión pertinente.

1.2.5.- Normativa legal y técnica de auditoría.

La normativa legal y técnica de auditoría gubernamental constituye el principal medio para el cumplimiento de los fines y objetivos de la auditoría gubernamental, tanto por los agentes activos que aplican el sistema de control de recursos públicos, como por los agentes pasivos que participan mediante la entrega de información sobre las actividades realizadas.

Del mismo modo, ésta auditoría incluye los criterios básicos para ejecutar las distintas modalidades y tipos de auditoría en las que incursione la Contraloría General del Estado, en cumplimiento a la disposición constitucional correspondiente.

Las auditorías y exámenes especiales que debe efectuar la Contraloría, serán ejecutados de acuerdo con las normas ecuatorianas de auditoría gubernamental, los reglamentos, manuales, instructivos, guías, entre otros, expedidos por el Contralor General del Estado y demás normas emitidas para el ejercicio de la profesión que resulten aplicables según la clase de auditoría, examen u objeto sobre el que deba versar el análisis. En términos generales se presenta a continuación la normativa legal y técnica que regula y orienta la ejecución de la auditoría gubernamental.

1.3.- CLASES DE AUDITORÍA.

1.3.1.- Concepto de Auditoría.

- La Auditoría es una recopilación, acumulación y evaluación de evidencia sobre información de una entidad, para determinar e informar el grado de cumplimiento entre la información y los criterios establecidos.
- Un proceso sistemático para obtener y evaluar de manera objetiva, las evidencias relacionadas con informes sobre actividades económicas y otras situaciones que tienen una relación directa con las actividades que se desarrollan en una entidad pública o privada. El fin del proceso consiste en determinar el grado de precisión del contenido informativo con las evidencias que le dieron origen, así como determinar si dichos informes se han elaborado observando principios establecidos para el caso (Sánchez, 2005).

Toda auditoría con resultados requiere de un informe a la autoridad pertinente o dueño de la empresa privada que lo requiera.

Según Carlos Pólit Faggioni, la auditoría es utilizada para describir, tanto las tareas que desarrollan los auditores al examinar los estados financieros, así como la labor de revisar la efectividad, eficiencia, economía y eficacia en las actividades operativas, administrativas, financieras y ecológicas que ejecutan las entidades del Estado y las privadas que controla la Contraloría, para medir el cumplimiento de las metas y objetivos institucionales.

La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, capítulo 3, clasifica la auditoría gubernamental de la siguiente manera:

1.3.2.- De acuerdo con la Naturaleza.

1. Auditoría financiera.

Es aquella auditoría que informará respecto a un período determinado, sobre la razonabilidad de las cifras presentadas en los estados financieros de una institución del Estado, ente contable, programa o proyecto, y concluirá con la elaboración de un informe profesional de auditoría. En este tipo de fiscalización, se incluirán el examen del cumplimiento de las normas legales y la evaluación del control interno de la parte auditada.

El auditor antes de emitir el dictamen sobre los estados financieros examinados de una entidad a una fecha determinada, evalúa el control interno, el sistema de administración financiera y la información financiera complementaria, la conformidad y cumplimiento de las normas legales vigentes.

Los Estados financieros y las notas explicativas son de exclusiva responsabilidad de la entidad y pertenecen a la misma, sin embargo, el auditor puede sugerir cambios, sin que

esto implique relevar a la institución de la responsabilidad de su contenido y presentación.

2. Auditoría de Gestión.

Esta auditoría es la acción fiscalizadora encaminada a examinar y evaluar el control interno y la gestión, utilizando recursos humanos de carácter multidisciplinario, el desempeño de una institución, ente contable o la ejecución de programas y proyectos, con el fin de determinar si dicho desempeño se está cumpliendo de manera legal y oportuna, de acuerdo a los principios de economía, efectividad que es la capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera y también como realidad , validez y eficiencia que es la capacidad para lograr un fin empleando los mejores medios posibles (Conzales, 2002).

Es preciso manifestar que de acuerdo a la ley materia de estudio, la diferencia entre la auditoría financiera y la de gestión, es que la segunda no implica la emisión de una opinión profesional, sino más bien la elaboración de un informe amplio con los comentarios, conclusiones y recomendaciones pertinentes.

En consecuencia, constituye el instrumento metodológico con el cual se practica el examen objetivo y sistemático, estructurado, consistente, profesional, posterior en determinadas condiciones, continuo y documentado de la gestión de un sector gubernamental, de un organismo, programa, proyecto u operación, considerando los fines establecidos en el marco legal o normativo que lo regule, para determinar el cumplimiento de la visión, misión objetivos y metas y de la eficiencia, eficacia, efectividad, calidad e impacto de su desempeño.

3. Auditoría de aspectos ambientales.

Es la auditoría realizada por la Contraloría General del Estado, para auditar los procedimientos de realización y aprobación de los estudios de impacto ambiental en los términos establecidos en la Ley de Gestión Ambiental y en el Art. 395 de la Constitución de la República del Ecuador.

Ésta modalidad de auditoría comprobará si las instituciones del Estado, ejecutoras de proyectos y programas con impacto o consecuencias ambientales, cumplen con las normas de protección al medio ambiente, a fin de proteger el derecho de la población a vivir en un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

Evaluará el uso y destino de los recursos públicos destinados para estos objetivos y realizará el seguimiento respectivo para el cumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado y sus instituciones con entidades nacionales e internacionales dedicadas a este fin.

4. Auditoría de obras públicas o de ingeniería.

Esta auditoría evaluará la administración de las obras en construcción, la gestión de los contratistas, el manejo de la contratación pública, la eficacia de los sistemas de mantenimiento, el cumplimiento de las cláusulas contractuales y los resultados físicos que se obtengan en el programa o proyecto sometido a examen.

5. Examen Especial.

Como parte de una auditoría gubernamental el examen especial verificará, estudiará y evaluará aspectos limitados o de una parte de actividades relativas a la gestión financiera, administrativa, operativa y medio ambiental, con posterioridad a su ejecución, aplicará las técnicas y procedimientos de auditoría, de la ingeniería o afines, o de las disciplinas específicas, de acuerdo con la materia de examen y formulará el

correspondiente informe que deberá contener comentarios, conclusiones y recomendaciones.

El hecho de efectuar exámenes especiales, no implica que el rubro, actividad u otros aspectos limitados a una parte de las operaciones o transacciones sean especiales; o que los auditores que realizan ese trabajo tengan una especialización adicional a la establecida para el auditor gubernamental.

Estos exámenes reúnen las características de: objetivos, sistemáticos y profesionales; se observan todas las fases conocidas en el proceso de auditoría y se aplican las técnicas y procedimientos reconocidos por la profesión.

En el examen especial se hará constar, además, en forma clara y precisa, el alcance y naturaleza del examen.

1.3.3.- De acuerdo con quién la realiza.

6. Auditoría Interna.

La Ley de la Contraloría General del Estado, en el Título I, capítulo II establece la legalidad en cuanto al sistema de control interno, el cual constituye un proceso aplicado por la máxima autoridad, la dirección y el personal de cada institución, que proporciona seguridad razonable de que se protegen los recursos públicos y se alcancen los objetivos institucionales. Este control interno es responsabilidad de cada Institución del estado.

Es por eso que las entidades y organismos del sector público de acuerdo a sus necesidades, complejidad de funciones y de conformidad a las disposiciones legales vigentes, contarán con una unidad de Auditoría Interna, la misma que dependerá técnicamente de la Contraloría General del Estado, cuyos gastos de funcionamiento del personal técnico y administrativo, son de exclusiva responsabilidad de las propias instituciones a las que pertenecen.

La unidad de auditoría interna constituye un elemento componente del sistema de control interno de una entidad u organismo del sector público y como tal se constituye en un medio al servicio de la alta dirección, destinada a salvaguardar los recursos públicos, verificar la exactitud y veracidad de la información financiera, técnica, operativa y administrativa; promover la eficiencia y eficacia de las operaciones, estimular la observancia de las políticas y procedimientos institucionales previstos; y, el cumplimiento de las metas y objetivos programados.

Dentro de sus funciones específicas la auditoría interna debe prestar asesoría y realizar la evaluación integral de la institución, por lo que su personal será de carácter multidisciplinario.

Los auditores de ésta unidad actuarán individual o colectivamente, con criterio independiente respecto a la operación o actividad auditada y no intervendrán en la autorización o aprobación de los procesos financieros, administrativos, operativos y ambientales, sin embargo, se constituyen en asesores de la alta dirección.

Las unidades de auditoría interna mantienen su constante comunicación y coordinación con la Contraloría General del Estado, con el fin de que sus actividades estén ceñidas a la normativa vigente y procedimientos técnicos que imponen la práctica profesional, así como brindar asesoría y asistencia técnica cuando así se justifique para orientar y coordinar la preparación de su plan anual de trabajo, el cual será presentado al organismo técnico superior de control en los plazos y fechas estipulados en la normativa vigente.

Los informes de los trámites de auditoría interna deben ser enviados a la Contraloría General del Estado, conjuntamente con la documentación probatoria de los hechos informados, para el trámite pertinente.

Para el control de la auditoría interna existen tres tiempos específicos que la Ley singulariza, con la finalidad de determinar la legalidad, veracidad y conformidad con los presupuestos, planes operativos y documentación que respalda las actividades de los servidores públicos (Reglamento, 2015). Para lo cual es necesario primero estudiar brevemente el concepto de control interno.

Control Interno. - El control interno es el proceso ejecutado por todos los niveles jerárquicos y el personal de una organización para asegurar en forma razonable la ejecución de sus operaciones en forma eficiente y efectiva, la confiabilidad de la información financiera y de gestión, la protección de los activos, y el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias.

El control interno se define también como un proceso, efectuado por el consejo de administración, la dirección y el resto de personal de una entidad, diseñado con el objeto de proporcionar un grado de seguridad razonable en cuanto a la consecución de objetivos dentro de las siguientes categorías: Eficacia y eficiencia en las operaciones; fiabilidad de la información financiera; salvaguarda de los recursos de la entidad; cumplimiento de las leyes y normas aplicables.

Sin embargo para Walter B. Meigs, el control interno es “mucho más que un instrumento dedicado a la prevención de fraudes o al descubrimiento de errores accidentales en el proceso contable; constituye una ayuda indispensable para una eficiente administración...”(MEIGS, 2000).

Dentro del control interno se encuentran tres tiempos, y estos son:

Control Previo.- Los servidores de la Institución, analizan las actividades institucionales propuestas, antes de su autorización o ejecución, para determinar su legalidad, veracidad, conveniencia, oportunidad, pertinencia y conformidad con los planes y presupuestos institucionales.

Control Continuo.- Los servidores de la institución en forma continua inspeccionaran y constataran la oportunidad, calidad y cantidad de obras, bienes y servicios que se recibieren o prestaren de conformidad con la ley, los términos contractuales y las autorizaciones respectivas, sin que esto constituya participación o autorización de actos administrativos de la entidad sujeta al examen.

Control Posterior.- Esta unidad será responsable del control posterior interno ante las respectivas autoridades y se aplicara a las actividades institucionales, con posterioridad a su ejecución.

Para el control interno constará dentro de las Instituciones del Estado como la Unidad de Auditoría interna, cuando se justifique que dependerá técnica y administrativamente de la Contraloría General del Estado, pero para crearla o suprimirla se emitirá un informe previo. El personal auditor podría manifestar que tiene una relación laboral mixta debido a que dependerá del Contralor General del Estado para su nombramiento, remoción o traslado, pero en cuanto a remuneraciones y gastos de las unidades de auditoría interna, estos obligatoriamente serán cubiertos para las Instituciones del Estado a las que prestan sus servicios y controlan, a excepción de los Gobiernos autónomos descentralizados, quienes serán cubiertos económicamente por la Contraloría General del Estado.

7. Auditoría externa.

Esta clase de auditoría se encuentra establecida en el Título I, Capítulo III de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, comienza a articularse los alcances, conceptos y procedimientos que ejerce la auditoría gubernamental en las Instituciones del Estado, a través de la auditoría antes mencionada y el examen especial con la utilización de normas nacionales e internacionales.

La auditoría externa consiste en un sistema integrado de asesoría, asistencia y prevención de riesgos que incluye el examen y evaluación críticos de las acciones y obras de los administradores de los recursos públicos, es clave también mencionar que esta auditoría no modifica las resoluciones adoptadas por los funcionarios públicos en sus atribuciones, facultades o competencias, estas hubieran definido la situación o puesto término a los reclamos de los particulares, pero si puede directamente examinar la actuación administrativa del servidor.

Es preciso puntualizar el concepto específico que señala la ley singularizada con respecto al examen especial “Como parte de la Auditoria Gubernamental el examen especial verificará, estudiará, y evaluará aspectos limitados o de una parte de las actividades relativas a la gestión financiera, administrativa, operativa y medio ambiental, con posterioridad a su ejecución, aplicará las técnicas y procedimientos de auditoría, de la ingeniería o afines, o de las disciplinas específicas, de acuerdo con la materia de examen y formulará el correspondiente informe que deberá contener comentarios, conclusiones y recomendaciones.

La auditoría gubernamental en cualesquiera de sus modalidades culminará con la elaboración de un informe del que, si fuere el caso, se podrían desprender responsabilidades administrativas y civiles culposas, e indicios de responsabilidad penal, que correspondan a las personas naturales o jurídicas nacionales o extranjeras por las acciones u omisiones en contra de las disposiciones legales o en contra del patrimonio o recurso público de la entidad.

1.4.- DE LA DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDADES.

La responsabilidad según el Dr. Herman Jaramillo Ordóñez es “el deber que tienen los servidores públicos para realizar con voluntad, capacidad y conciencia las actividades encomendadas por la administración y responder sus actos y consecuencias”. (ORDÓÑEZ, 1999).

En la ley de la Contraloría General del Estado, la presunción de responsabilidades se da cuando se presume legalmente que las operaciones o actividades realizadas por todas las Instituciones del Estado en conjunto con sus servidores públicos son legítimos, hasta que previa auditoría gubernamental manifiesta con pruebas reales lo contrario. Es por esto que en el Art. 29 de dicha ley se dispone lo siguiente:

“A base de resultados de la auditoría gubernamental contenidos en actas o informes, la Contraloría General del Estado, tendrá potestad exclusiva para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal”.

Dentro de las responsabilidades en el Ecuador encontramos tres tipos, que son: La responsabilidad administrativa culposa, responsabilidad civil culposa y por último responsabilidad penal que es la materia de estudio de esta tesis. El principio regidor de estas responsabilidades es “*Non ter in idem*”, esto significa que se trata de géneros diferentes pero cada uno con su propio dominio y singularidad, las tres responsabilidades son subjetivas a su especie con finalidades específicas e inconfundibles.

1.4.1 Determinación de responsabilidad administrativa.

Previamente a la determinación de responsabilidades administrativas y civiles culposas que se desprendan de los informes elaborados por las auditorías internas, la Contraloría General del Estado examinará el cumplimiento de los preceptos legales y de las normas de auditoría y procederá a determinarlas con la debida motivación, sustentándose en los fundamentos de hecho y de derecho pertinentes. De existir indicios de responsabilidad penal, se procederá de acuerdo a lo previsto en los artículos 65, 66 y 67 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. En todos los casos, la evidencia que sustente la determinación de responsabilidades, a más de suficiente, competente y pertinente, reunirá los requisitos formales para fundamentar la defensa en juicio.

La responsabilidad administrativa es sancionada disciplinariamente por la inobservancia que cometen los funcionarios y empleados a las leyes, reglamentos, estatutos, ordenanzas, acuerdos, resoluciones, etcétera.

La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, en su Art. 45 estipula con precisión cuando incurren en responsabilidad administrativa las autoridades, dignatarios y servidores de las Instituciones públicas, enumerándolos de la siguiente manera:

1. No establecer ni aplicar indicadores de gestión y medidas de desempeño para evaluar la gestión institucional o sectorial y el rendimiento individual de sus servidores. Por lo que depende de cada Institución del estado el desarrollo y progreso con efectividad al momento de cumplir los deberes y obligaciones por parte de los servidores en el ente estatal y la actividad encargada.
2. Cometer abuso en el ejercicio de su cargo.
3. Permitir la violación de la ley, de normas específicas emitidas por las Instituciones del Estado (estatutos, reglamentos) o de normas de carácter generalmente obligatorio expedidas por autoridad competente, inclusive las relativas al desempeño de cada cargo;
4. Exigir o recibir dinero, premios o recompensas, por cumplir sus funciones con prontitud o preferencia, por otorgar contratos a determinada persona o suministrar información, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar.
5. No establecer o no aplicar con sujeción a la ley y normas pertinentes, los subsistemas de determinación y recaudación, presupuesto, tesorería, crédito público y contabilidad gubernamental.
6. No establecer o no aplicar con sujeción a esta ley Y más normas pertinentes los subsistemas de control interno y control externo;
7. No establecer o no aplicar con sujeción a la ley y más normas pertinentes, los sistemas de planificación, administración de bienes y servicios, inversiones públicas, administración de recursos humanos, de gestión financiera y de información.
8. Contraer compromisos y obligaciones por cuenta de la institución del estado, a la que representan o en la que prestan sus servicios, en contravención con las

- normas respectivas y sin sujetarse a los dictámenes de la ley; o insistir ilegalmente en una orden que haya sido objetada por el control previo;
9. No tomar inmediatamente acciones correctivas necesarias en conocimiento del informe del auditor interno o externo; o de consultas absueltas por organismos de control.
 10. No proporcionar oportunamente la información pertinente o no prestar la colaboración requerida a los auditores gubernamentales, y demás organismos de control y fiscalización;
 11. Incurrir en ilegal determinación o recaudación de los ingresos del Gobierno Central, y demás Instituciones del Estado;
 12. No efectuar el ingreso de cualquier recurso financiero recibido;
 13. Disponer o ejecutar, sin tener atribución, el cambio de planes, programas y estipulaciones relativas a la ejecución de los contratos; y, las demás previstas en otras normas y disposiciones legales vigentes (LOCGE, 2008).

Por estas faltas y previa auditoría elaborada por la Contraloría General del Estado a través de los informes de auditoría interna o externa, acarrea una acción a tomarse en contra de los servidores públicos, sin importar su rango dentro de la Institución.

En cuanto al procedimiento específico en la determinación de responsabilidades administrativas el Reglamento de la mencionada ley, manifiesta que se lo realiza de la siguiente manera:

“Para las sanciones de destitución o multa, el servidor será notificado sobre la desviación o desviaciones detectadas; habrá el plazo improrrogable de hasta 30 días, para que ejerza derecho a la defensa; luego la Contraloría establecerá una resolución dentro del plazo de 60 días y el auditado podrá acudir al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, dentro del término de 30 días contados desde el siguiente día de la notificación con la resolución que hubiere desechado la impugnación y confirmado la sanción de destitución o de multa, o de ambas a la vez...”.

En este sentido queda a conocimiento del lector la manera de proceder por parte de la Contraloría General del Estado, en cuanto a la responsabilidad que tenga que atenerse el servidor público.

La Responsabilidad administrativa es plural, es decir que a un servidor público se le puede aplicar una o todas las sanciones, esto acorde a su grado y nivel de delito cometido. Entonces finalmente cabe indicar que la Contraloría General de nuestro país y las Unidades de Administración Interna de cada Institución del estado, son las encargadas por medio de los exámenes especiales, de demostrar el grado de abuso, delito y daño producido por los servidores públicos, sea cual fuere su rango.

La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 595 del 12 de junio del 2002, en la sección 2, Art. 45, se refiere a la responsabilidad administrativa culposa de las autoridades, dignatarios, funcionarios y servidores de las instituciones del Estado, disponiendo en la norma, que se establecerá a base del análisis documentado del grado de inobservancia de las disposiciones legales relativas al asunto de que se trate y sobre el incumplimiento de las atribuciones, funciones, deberes y obligaciones que les competen por razón de su cargo o de las estipulaciones contractuales, especialmente las previstas en el Título III de esta ley (Responsabilidad administrativa de los servidores públicos, 2007).

La responsabilidad administrativa trae consigo sanciones administrativas que según Nelson López Jácome es: “Consecuencia de la potestad represiva que tiene todo Estado” y son de tres tipos: Faltas disciplinarias, las sanciones y el procedimiento para aplicar dichas sanciones.

Las sanciones disciplinarias en concordancia con la gravedad de las mismas van en el siguiente orden:

1.- Amonestación verbal. - Aplicada por faltas graves

2.- Amonestación escrita. - Aplicada si en un mismo mes, el servidor público ha merecido dos o más amonestaciones verbales

3.- Sanción pecuniaria administrativa (multa). - No excederá del 10% de la remuneración

4.- Suspensión temporal sin goce de remuneración. - No excederá de 30 días, previo sumario administrativo

5.- Destitución. - Es la máxima sanción administrativa, solo se la interpone por la autoridad nominadora, con posterioridad al sumario administrativo.

Las causales de cada una de estas sanciones están descritas ya en la Primera Unidad de esta investigación.

El sumario administrativo según Carlos Apesteguía menciona que “el sumario administrativo está integrado por un conjunto de piezas cosidas en un expediente las cuales serán oportunamente examinadas por los sujetos procesales para hacer méritos de ellas en la faz crítica de la instrucción” (Apesteguía, 2000).

El procedimiento verbal sumario culmina con la destitución definitiva del servidor público sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que esta acarree, o a su vez con la restitución del servidor público a sus funciones habituales dentro de la institución, teniendo como consecuencia de la segunda opción, un juicio de repetición por el cometimiento negligente de la autoridad nominadora que inició el proceso.

1.4.2.- Determinación de responsabilidad civil.

Un concepto claro de la responsabilidad civil es el manifestado por Nelson López Jácome sobre el tema de la conducta del servidor público que obtiene lucro indebido y ocasiona daños o perjuicios a las entidades del Estado, debiendo los servidores públicos responder por el acto u omisión cometido con bienes de su propiedad, o de terceros,

suficientes para cubrir estos conceptos. “La responsabilidad civil del servidor público no se constriñe a sus actos como particular, sino también a aquellos que en desempeño de su empleo, cargo o comisión, o con motivo de ellos, dolosa o culposamente causen algún daño al sector público, con la obligación de repararlos o indemnizarlos y de sufrir la sanción económica o pecuniaria que proceda conforme la ley” (Jácome, La responsabilidad administrativa, civil y penal de los servidores públicos, 2007).

El procedimiento establecido dentro del Reglamento de la Contraloría General del Estado a aplicarse cuando exista una presunta responsabilidad civil se la realiza de la siguiente manera:

Se la notifica y el servidor cuenta con el plazo de 60 días para impugnar la glosa, luego la Contraloría expide una resolución dentro del plazo de 180 días, el servidor puede interponer el recurso de revisión, teniendo la Contraloría que resolver el otorgamiento o negativa del recurso en el plazo de 30 días, y si es calificado favorable el recurso, la Contraloría dicta su fallo dentro de 60 días plazo con la confirmación o revocatoria de la resolución original.

1.4.2.1.- Elementos jurídicos de la responsabilidad civil.

Para no realizar interpretaciones erróneas y tener expuestos los elementos precisos de la responsabilidad civil, sostengo intacto lo manifestado por el señor Nelson López en su obra: La responsabilidad administrativa, civil y penal de los servidores públicos:

La responsabilidad civil configura dos elementos jurídicos: culpa o dolo y el engaño. La culpa o dolo puede ser por acción u omisión. La obligación de pagar un daño nace cuando alguna persona natural o jurídica resulta perjudicada como consecuencia de la violación de los deberes legales preexistentes. La indemnización del perjuicio económico comprende el daño emergente y el lucro cesante, el daño se relaciona con la afectación desfavorable que rece sobre el patrimonio económico de la persona natural jurídica; y el lucro cesante, recae sobre los ingresos que el propietario deja de percibir a consecuencia

del daño. El cobro de los daños y perjuicios ocasionados tiene un tratamiento jurídico propio, independiente de la responsabilidad administrativa y penal.

De acuerdo con lo expuesto, para que exista responsabilidad civil se requiere:

1. Que el daño sea causado por un servidor público.
2. Que el daño sea consecuencia del dolo o culpa del servidor.
3. Que el daño sea cierto y determinado; y,
4. Que la norma jurídica establecida que mande a pagar los daños ocasionados” (Jácome, La responsabilidad administrativa, civil y penal de los servidores públicos, 2007)

Mientras que, en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, prevé en su artículo 52 que la responsabilidad civil culposa nace de una acción u omisión culposa, aunque no sea intencional de un servidor público o de un tercero, de un acto administrativo emitido, sin tomar aquellas cautelas, o precauciones necesarias para evitar resultados perjudiciales directos o indirectos a los bienes y recursos públicos. Ésta responsabilidad genera una obligación jurídica indemnizatoria del perjuicio económico causado a las Instituciones Estatales, y debe ser probada legalmente por quien afirma la culpa en la emisión o perfeccionamiento del acto o hecho administrativo, que demuestren que los mismos son producto de acciones causadas por impericia, imprudencia, imprevisión, improvisación, imprevención o negligencia.

La responsabilidad civil se da cuando por los resultados expuestos por Auditoría Gubernamental se ha determinado que por acción u omisión los servidores públicos han causado perjuicio económico al Estado y es establecida previamente por la Contraloría General del Estado.

Según Nelson López la administración civil culposa es considerada de esta manera porque en consecuencia de la acción u omisión del servidor, el mismo debe responder económicamente por el daño causado, esta responsabilidad civil culposa se la maneja en

el Derecho público siempre que la ley obligue al Estado por medio de sus instituciones a cuantificarlas y recuperarlas, daño que siempre se verifica en contra del Estado, pero es manejada por el derecho civil cuando el perjudicado se accione directamente en contra del servidor público que ocasionó el perjuicio económico.

1.5.- RESPONSABILIDAD PENAL.

1.5.1.- Concepto. -

Según Diego Barriga Cordero en su obra “El Peculado”, manifiesta que: Es la consecuencia jurídica de la violación de ley, realizada por un sujeto imputable que actúa dolosa o culposamente; o, inimputable que obra inconscientemente; como, por ejemplo, el demente, el menor de edad, etc., que lleva a término actos previstos como delitos.

La responsabilidad penal impone el Estado y consiste en una pena que busca castigar al transgresor e intentar su reinserción social para evitar que vuelva a lesionar o poner en peligro un bien material o la integridad física de las personas.

1.5.2.- Tipos de responsabilidad penal.

La responsabilidad penal es común o especial.

La responsabilidad común. - Se da cuando el delito cometido puede ser realizado por cualquier individuo, como por ejemplo el robo, el abuso sexual o el homicidio.

La responsabilidad especial. - Se da cuando el delito es realizado por un individuo que tiene una condición particular y se aprovecha de aquélla, como por ejemplo un funcionario público que comete peculado, prevaricato o concusión.

1.5.3 Responsabilidad penal de las personas.

En virtud de que el presente trabajo investigativo se desarrolla durante los años 2013-2015 y puesto que existen dos Códigos vigentes a estas fechas, enunciaré los articulados pertinentes con respecto a este tema. Dentro del Código penal ecuatoriano vigente hasta el 9 de agosto del 2014 las personas tenían responsabilidad en tres grados, esto es: autores, cómplices y encubridores.

El Art. 42 del Código Penal define como **autores** a “ los que han perpetrado la infracción sea de una manera directa e inmediata, sea aconsejando o instigando a otro para que la cometa, cuando el consejo ha determinado la perpetración del delito; los que han impedido o procurado impedir que se evite esa ejecución; los que han determinado la perpetración del delito y efectuándolo valiéndose de otras personas imputables o no imputables, mediante precio, dádiva, promesa, orden o cualquier otro medio fraudulento y directo; los que han coadyuvado a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el que no habría podido perpetrarse la infracción; y los que, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obligan a otro a cometer el acto punible, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin”.

Así mismo el Art. 43 del Código Penal se refiere a los **cómplices**, “Son cómplices los que indirecta y secundariamente cooperan a la ejecución del acto punible, por medio de actos anteriores, o simultáneos...”

Y el Art. 44 del Código Penal señala a los **encubridores** como las personas que conociendo la conducta delictuosa de los malhechores, les suministran, habitualmente, alojamiento, escondite, o lugar de reunión; o les proporcionan los medios para que se aprovechen de los efectos del delito cometido; o los favorecen, ocultando los instrumentos o pruebas materiales de la infracción, o inutilizando las señales o huellas del delito, para evitar la represión, y los que, estando obligados por razón de su profesión, empleo, arte u oficio, a practicar el examen de señales o huellas del delito, o

el esclarecimiento del acto punible, oculten o alteren la verdad, con propósito de favorecer al delincuente.

Sin embargo, en el Código Orgánico Integral Penal vigente desde el 10 de agosto del 2014 hasta la presente fecha, la participación de las personas que se encuentra tipificada en el Art. 41 del Código Orgánico Integral Penal manifiesta que las personas participan en la infracción como AUTORES o COMPLICES de los cuales se tipifica lo siguiente:

Artículo 42 COIP.- serán considerados autores las personas que incurran en las siguientes modalidades “Autoría directa: Quienes cometan la infracción de una manera directa e inmediata; quienes no impidan o procuren impedir que se evite su ejecución teniendo el deber jurídico de hacerlo; y Autoría inmediata: quienes instiguen o aconsejen a otra persona para que cometa una infracción, cuando se demuestre que tal acción ha determinado su comisión; quienes ordenen la comisión de la infracción valiéndose de otra u otras personas, imputables o no, mediante precio, dádiva, promesa, ofrecimiento, orden o cualquier otro medio fraudulento, directo o indirecto; quienes por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obliguen a un tercero a cometer la infracción, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin; y, quienes ejerzan un poder de mando en la organización delictiva”. Existe también otra figura llamada coautoría que hace referencia a quienes coadyuven a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el cual no habría podido perpetrarse la infracción.

Por otro lado, a la participación en el grado de cómplices se lo tipifica en el Art. 43, el mismo que manifiesta: “responderán como cómplices las personas que, en forma dolosa, faciliten o cooperen con actos secundarios, anteriores o simultáneos a la ejecución de una infracción penal, de tal forma que aun sin esos actos, la infracción se habría cometido”. En las infracciones culposas no cabe la complicidad. Sin embargo, de las circunstancias de la infracción resulta que la persona acusada de complicidad, coopera en un acto menos grave que el cometido por la autora o el autor, la pena se aplicará solamente en razón del acto que pretendió ejecutar. El cómplice será

sancionado con una pena equivalente de un tercio a la mitad de aquella prevista para la o el autor, desapareciendo de esta manera en el Código Orgánico Integral Penal la figura de encubridor.

1.5.4.- El dolo.

Según el Art. 29 del Código Civil ecuatoriano el dolo es la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro. Mientras que la Corte Suprema de Justicia lo define como la “deliberada intención de causar daño”; pero, según Hernando Grisanti el dolo es la voluntad consciente, encaminada u orientada a la perpetración de un acto que la ley tipifica como delito.

Luis Jiménez de Asúa afirma que el “Dolo es la producción del resultado típicamente antijurídico con la conciencia de que se está quebrantando el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre las manifestaciones humanas y el cambio en el mundo exterior, con la voluntad de realizar la acción u omisión con representación del resultado que se requiere”(ASÚA, 2011).

Para Fernando Castellanos Tena el dolo consiste en el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción de un resultado típico y antijurídico (CASTELLANOS, 2009).

Para que ciertos actos constituyan delito, deben contener los siguientes aspectos:

- Tipicidad: Esto es que la infracción esté previamente contemplada en el ordenamiento jurídico vigente.
- Antijuridicidad: Cuando la acción es contraria a las normas legales que mandan, prohíben o permiten hacer algo.
- Imputabilidad: Cuando es posible atribuir la acción en contra de alguien.

- Dolo: Intención positiva de causar daño cuando el actor ha violado la ley consciente y voluntariamente.

1.5.4.1.- Elementos constitutivos del dolo.

Elemento cognitivo o intelectual. - Es el que se da en el ámbito de la alternabilidad consciente del sujeto, pues se conoce a sí mismo y a su entorno; por lo tanto, sabe que sus acciones son originadoras de procesos causales productores de mutaciones de la realidad, o bien de violaciones a deberes establecidos en normas culturales.

Elemento volitivo. - Es el que en cambio se encuentra en el ámbito de los deseos del sujeto, motivados por estímulos originados en las necesidades de la contingencia humana; es aquí en donde se encuentra, el querer, que propiamente afirma la voluntad de alterar el mundo circundante al desencadenar el proceso causal, o bien, aceptar tal alteración, absteniéndose de intervenir para que éste se interrumpa.

Derivado de ambos elementos del dolo, el ser humano, a través de su inteligencia que conoce, dirige su voluntad hacia lo que quiere, lo que se manifiesta fenomenológicamente en acciones u omisiones, productoras de resultados.

Como puede advertirse ambos elementos tanto el cognitivo como volitivo, ligados entre sí, producen la intención, ya sea como causa originadora de los procesos causales que mutan o transforman el mundo exterior, o bien, la violación al deber establecido en las normas de cultura subyacentes en las penales, produciéndose siempre en ambos casos, la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por éstas.

1.6.- INDICIOS DE RESPONSABILIDAD PENAL.

Nelson López Jácome en su obra La responsabilidad administrativa, civil y penal: indica que la Responsabilidad Penal es: “la que se imputa al culpable de un acto contrario a la ley, realizado con culpa o dolo”. Entraña la aplicación de sanciones públicas, penas o medidas de seguridad.

Ésta responsabilidad penal se genera también cuando el servidor público por acción u omisión configura la tipicidad de un delito, mismo que es potestad solo del Juez determinar definitivamente la responsabilidad penal que recaerá en contra de los ciudadanos.

Es inminente indicar que los sujetos de indicios de responsabilidad penal pueden ser los servidores de los organismos y entidades del sector público; las personas encargadas de un servicio público; y, también personas extrañas al referido servicio, que incurran en delitos contra la administración pública.

1.6.1.- Hechos que originan el indicio de la responsabilidad penal

Según Carlos Pólit Faggioni, los principales hechos se originan de lo siguiente:

- a) Falsificación de cheques, adulteración de registros y asientos contables, forjamiento de documentos, etc., todos ellos con el fin de apropiarse de los recursos del Estado;
- b) Apropiación de recursos financieros que se encontraban bajo responsabilidad del custodio;
- c) Utilización dolosa de dineros públicos; y,

d) Abuso de fondos y bienes públicos o efectos que lo representen.

El Art. 65 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado determina: “Cuando por actas o informes y, en general, por los resultados de la auditoría o de exámenes especiales practicados por servidores de la Contraloría General del Estado, se establezcan indicios de responsabilidad penal, por los hechos a los que se refieren el artículo 257 del Código Penal, o Art. 278 del Código Orgánico Integral Penal; esto es el PECULADO.

El procedimiento a seguir es el siguiente: El auditor Jefe de Equipo que interviene en el examen especial de auditoría, previo visto bueno del supervisor, hará conocer el informe respectivo al Contralor General o a sus delegados, quienes luego de aprobarlos lo remitirán a la Fiscalía General del Estado, con la evidencia acumulada el cual ejercerá la acción penal correspondiente de conformidad con el Código de Procedimiento Penal y el Código Orgánico Integral Penal (correspondiente al año de la investigación), dichos informes también serán remitidos a las máximas autoridades de las instituciones auditadas.

El Fiscal de ser procedente resolverá el inicio de la instrucción fiscal en los términos señalados en el Art. 217 del C.P.P o Art. 591 y 592 del COIP y solicitará al Juez las medidas cautelares que considere pertinentes, en defensa de los intereses del Estado.

Y por último, la copia certificada de la sentencia ejecutoriada, será remitida al órgano competente en materia de administración de personal, para la inhabilitación permanente en el desempeño de cargos y funciones públicas.

Una vez ejecutoriada la sentencia que declare la responsabilidad penal de los encausados el Juez o el Tribunal procederá de igual manera que en los casos en los cuales se hubiere deducido acusación particular, a pesar de que esta no se hubiera presentado. Además, observará lo previsto en el Art. 257 Ibídem.

1.6.2.- Indicios y Presunciones.

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

Los indicios son hechos objetivos. Las presunciones, por el contrario, son suposiciones o elaboraciones mentales de deducción. En el Art. 87 del Código de Procedimiento penal se dispone que las presunciones del juez en el proceso penal deben estar basadas en indicios probados, graves, precisos y concordantes. Sin embargo en el Art.455 y 457 del Código Orgánico Integral Penal vigente hasta la presente fecha ya no se habla de presunciones sino por el contrario de un nexo causal que manifiesta “La prueba y los elementos de prueba tendrán un nexo causal entre la infracción y la persona procesada, el fundamento tendrá que basarse en hechos reales introducidos o que puedan ser introducidos a través de un medio de prueba y nunca en presunciones, teniendo en cuenta que el Juez tiene la obligación jurídica de realizar la valoración de la prueba tomando en cuenta su legalidad, autenticidad y sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica de los principios en que se fundamentan los informes periciales.

Por lo avances tecnológicos contemporáneos, los indicios de responsabilidad penal han cobrado gran importancia en la práctica penal, en desmedro de las presunciones, que son elaboraciones mentales que pueden ser equívocas, pues en el campo de las conjeturas casi todo es posible. En la auditoría forense, las técnicas han evolucionado en los últimos treinta años más que en toda la historia de la administración pública o privada.

Para determinar los indicios de responsabilidad penal, debemos tomar en consideración sus elementos indispensables los que, según el Diccionario de Derecho Usual de Cabanellas¹, requieren: Que no sean equívocos; que sean directos; que sean

¹ CABANELLAS DE TORRES Guillermo, “Diccionario Jurídico Elemental”, Indicios de Responsabilidad penal, año 2011.

concordantes; y, que se funden en hechos reales y probados. Nunca en otras presunciones e indicios.

El resultado del indicio de responsabilidad penal se lo establece gracias a los exámenes especiales y auditorías internas previas realizadas por auditores de la Contraloría General del Estado, por los hechos a los que se refiere el Artículo 257 (peculado) del Código penal (año 2013-10 de agosto 2014) y en el Art. 278 (año 2014-2015) del Código Orgánico Integral Penal.

1.6.3.- ¿Quién determina los indicios de responsabilidad penal?

La entidad estatal encargada de determinar los indicios de responsabilidad penal es la Contraloría General del Estado.

Como ya estudiamos anteriormente, la Constitución de la República del Ecuador es la Suprema Ley en la cual faculta a la Contraloría General del Estado en su Art. 212 numeral 2 determinar indicios de responsabilidad penal, sin perjuicio de las funciones que en esta materia tiene la Fiscalía General del Estado. De igual manera en el Art. 31 numeral 34 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado dispone como función y atribución de la Contraloría General del Estado, establecer responsabilidades individuales de indicios de responsabilidad penal, mediante la determinación de hechos incriminados por la ley.

La Corte Nacional de Justicia, mediante resolución de 24 de Febrero del 2010, publicada en el Registro oficial Nro. 154 de 19 de marzo del mismo año, dispuso que para el inicio de la Instrucción Fiscal en los delitos a que se refieren los Art. 257, los innumerados agregados a este y los innumerados agregados a continuación del 296 del Código Penal vigente hasta el 9 de Agosto del 2014 (Art. 278 a 294 del Código Orgánico Integral Penal), se requiere del informe previo de la Contraloría General del Estado, en el que se determinen indicios de responsabilidad penal.

El Art. 581 del Código Orgánico Integral Penal en su último inciso, señala en cuanto a las formas de que el Fiscal conozca la infracción penal, se dan de la siguiente manera: Por denuncia; por informes de supervisión (efectuados por los órganos de control); y, cuando el ejercicio de la acción penal, por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, constituye un presupuesto de procedibilidad que exista un informe previo sobre indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado.

1.7.- INFORME DE INDICIOS DE RESPONSABILIDAD PENAL.

1.7.1.- Qué son los informes.

Informe de auditoría es una opinión formal, o renuncia de los mismos, expedido por un auditor interno o externo independiente como resultado de una auditoría o evaluación realizada sobre una entidad jurídica o sus subdivisiones.

En cuanto al informe de indicios de responsabilidad penal, que se origina en los exámenes especiales de auditoría gubernamental estudiados en los párrafos anteriores, se establece lo siguiente:

1.7.2.- Estructura de los informes con indicios de responsabilidad penal.

1. Carátula
2. Relación de siglas y abreviaturas utilizadas en orden alfabético
3. Índice que contenga títulos y subtítulos
4. Memorando dirigido al Contralor General del Estado (formato 11)
5. Dos capítulos: Capítulo I.- Información introductoria; y, Capítulo II.- Desarrollo de los hallazgos
6. Anexos
7. Contenido formato 12

1.7.3.- Contenido de los informes con indicios de responsabilidad penal

Los informes de indicios de responsabilidad penal deberán contener los elementos probatorios necesarios para evidenciar ante las autoridades jurisdiccionales, la presunta responsabilidad penal de las personas a las que se atribuye la comisión del delito. Los informes contendrán una primera parte relacionada con la información introductoria redactada en forma directa y concisa en la que se hará referencia a la auditoría o examen especial que se está practicando; se precisará el número y la fecha de la orden de trabajo y el alcance del examen.

Una segunda parte del informe contendrá la descripción de los hechos que origina el indicio de responsabilidad penal con sus correspondientes comentarios y conclusiones.

Se incluirá además un párrafo en el que se aluda a las evidencias que hacen presumir la comisión de un delito y se fundamentará la emisión del informe invocando el deber impuesto por la ley pertinente.

En lo que respecta a los comentarios, deben redactarse en forma clara, directa y sencilla, en un estilo narrativo caracterizado por su objetividad. Se tendrá cuidado de que los indicios que se describan sean concordantes entre sí, de tal manera que posibiliten establecer el nexo causal entre el hecho doloso y sus presuntos autores y a la vez los elementos del delito que se trate. Si se considera necesario puede incluirse el movimiento de las cuentas, regulaciones, presentaciones de saldos, detalles de pagos e ingresos o cualquier otra información de carácter contable.

La relación de causa a efecto entre el hecho doloso y sus autores, posibilitará al auditor presumir la responsabilidad de estos. Este razonamiento será expresado de manera lógica y natural en la conclusión, en cuya parte, además de identificar a los sujetos de responsabilidad se indicará el monto al que asciende el perjuicio evidenciado, de haber lugar para ello.

Los anexos que se adjunten al informe contendrán las evidencias de la presunta responsabilidad penal. Los documentos que se acompañen estarán debidamente certificados ya que servirán al personal del área jurídica, encargados de la tramitación de las denuncias, para evidenciar el hecho doloso y la autoría de éste ante las autoridades jurisdiccionales.

De no existir disposición en contrario, el informe de indicios de responsabilidad penal será elaborado y suscrito por el Director de la Unidad, el auditor jefe del equipo de trabajo, contando para el efecto con el visto bueno del supervisor respectivo y de un abogado de la institución.

UNIDAD II

DEL PROCESO PENAL

2.1.- DE LA FISCALÍA.

2.1.1.- Concepto. -

La Fiscalía General u órgano acusador del Estado, como representante de la sociedad, monopoliza el ejercicio de la acción penal. Suele ser considerado como la parte acusadora, de carácter público, encargada por el Estado, de exigir la actuación de la pretensión punitiva y de su resarcimiento, en el proceso penal. Como representante de la sociedad, la Fiscalía no persigue ningún interés propio, ni ajeno, sino que realiza llanamente la voluntad de la ley.

Miguel Fenech, considera que la Fiscalía actúa como parte, si bien el concepto venga en cierta manera modificado por la impronta de su carácter público, que lo tipifica, en cuanto su intervención en el proceso se caracteriza por obrar en nombre del Estado, por un fin de derecho público, y que en el desarrollo de su actividad, tiene el deber de lealtad y objetividad en relación con la verdad y la justicia, propias de toda función pública (FENECH, 2001).

Tiene como atribuciones la persecución de los delitos (cuando el hecho sea típico), tanto en la averiguación previa, como durante el proceso; la representación judicial de la federación; la vigilancia de la legalidad; la promoción de una sana administración de la justicia y la denuncia inmediata de las leyes contrarias a la Constitución (JUVENTINO, 2000).

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

De acuerdo al Art. 194 de la Constitución de la República del 2008, dispone que la Fiscalía General del Estado, sea un órgano autónomo de la Función Judicial, único e indivisible, funcionará de forma desconcentrada y tendrá autonomía administrativa, económica y financiera. La fiscal o el fiscal General en su máxima autoridad y representante legal actuarán con sujeción a los principios constitucionales, derechos y garantías del debido proceso (CONSTITUCION, 2008).

2.2.- FUNCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO.

Las funciones de la Fiscalía General del Estado se encuentran establecidas desde la norma Suprema del Estado hasta las Leyes Orgánicas que rigen nuestro ordenamiento jurídico y se encuentran establecidas en:

2.2.1.- Constitución de la República del Ecuador.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 195 de la Constitución de la República (2008), las funciones de la Fiscalía General del Estado, son:

- Dirigir de oficio o a petición de parte, la investigación pre procesal y procesal penal;
- Ejercer, durante el proceso, la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas.

- Acusar a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsar la acusación en la sustanciación del juicio penal, cuando haya fundamento para ello.
- Organizar y dirigir un sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, que incluirá un personal de investigación civil y policial; y,
- Dirigir el sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y demás participantes en el proceso penal.

2.2.2.- Código Orgánico de la Función Judicial.

El Código Orgánico de la Función Judicial en su Art. 282 señala las funciones de la Fiscalía General del Estado y dispone:

A la Fiscalía General del Estado le corresponde:

- Dirigir y promover, de oficio o a petición de parte, la investigación pre procesal y procesal penal, de acuerdo con el Código de Procedimiento Penal y demás leyes, en casos de acción penal pública; de hallar mérito acusar a los presuntos infractores ante el Juez competente e impulsar la acusación en la sustanciación del juicio penal.
- Dirigir y coordinar las actuaciones de la Policía Judicial en las indagaciones previas en las etapas del proceso penal;
- Garantizar la intervención de la defensa de los imputados o procesados, en las indagaciones previas y las investigaciones procesales por delitos de acción pública, quienes deberán ser citados y notificados para los efectos de intervenir en las diligencias probatorias y aportar pruebas de descargo, cualquier actuación que viole esta disposición carecerá de eficacia probatoria.

- Dirigir, coordinar y supervisar las funciones de intercambio de la información y pruebas sobre personas nacionales o extranjeros implicados en delitos cometidos en el exterior, cuando así lo prevean los acuerdos y tratados internacionales.
- Dirigir y coordinar el Sistema Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses que contará con la ayuda de organismos gubernamentales y no gubernamentales con el fin de establecer, de manera técnica y científica, procedimientos estandarizados para la práctica de la pericia médico legal.
- Conceder y revocar las correspondientes habilitaciones o acreditaciones, al personal de la Policía Judicial.
- Expedir en coordinación con la Policía Nacional los manuales de procedimiento y normas técnicas para el desempeño de las funciones de la Policía Judicial.
- Apoyar técnicamente a las personas que hacen sus prácticas pre profesionales en la Fiscalía General del Estado.
- Organizar y dirigir el sistema de protección de víctimas, testigos y otros participantes del proceso penal.

2.2.3.- Atribuciones de la Fiscalía según el Código de Procedimiento Penal.

Dentro del Código de Procedimiento Penal se establece las funciones de la Fiscalía General del Estado. El cual manifiesta que corresponde al fiscal el ejercicio de la acción penal en los delitos de acción pública, además de esto el Fiscal intervendrá como parte durante todas las etapas del proceso penal en acción pública, sin embargo, no tiene participación alguna en los juicios de acción privada.

Por otro lado, del Art. 65 ultimo inciso *Ibidem*, se desprende que el fiscal tiene la obligación de actuar con objetividad, extendiendo la investigación no solo a las circunstancias de cargo, sino también a las que sirvan para descargo del imputado.

Es necesario señalar las atribuciones que establece el Código de Procedimiento Penal ya que la investigación del presente trabajo investigativo data también de los años 2013. 2014, cuando el Código antes singularizado estaba aún en vigencia.

2.2.4.- Atribuciones de la Fiscalía según el Código Orgánico Integral Penal.

En el nuevo Código Orgánico Integral Penal, se establece las funciones de la Fiscalía General del Estado, desapareciendo por completo el antes mencionado Ministerio Público.

El Art. 443 del Código Orgánico Integral Penal, dispone que la Fiscalía sea la encargada de organizar y dirigir el sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses.

2.3.- FISCAL COMO PARTE PROCESAL.

2.3.1.- Concepto. -

El Fiscal es considerando como Magistrado que, en la antigua organización judicial de España, representaba al interés público en los negocios civiles exclusivamente. Cuando el Ministerio Público actuaba independientemente en las jurisdicciones civil y criminal, era éste fiscal el que informaba en las causas penales.

2.4.- DE LA INDAGACIÓN E INVESTIGACIÓN PREVIA.

No es otra que el desarrollar diligencias investigativas por parte del Fiscal, en razón de haber llegado a su conocimiento el cometimiento de un delito de acción penal pública (por denuncia, o de oficio). Dichas diligencias investigativas, tiene el objetivo de

recabar “elementos de convicción” (estos elementos de convicción obtienen el nombre de prueba una vez que sean reproducidos en la etapa de juicio) con los cuales se sustentará las demás etapas del proceso; los elementos de convicción que se recaben deben estar encaminados a establecer si el hecho podría ser constitutivo de un delito; y, si el hecho podría ser imputable a la persona que aparece como sospechosa, como autor o partícipe del delito que se investiga.

2.4.1.- Valor probatorio de la Indagación Previa.

En términos generales, la importancia del valor probatorio en la Indagación Previa, se desprende de los siguientes artículos del Código de Procedimiento Penal:

Art. 80.- Toda acción pre procesal o procesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna; la ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que, de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías.

Art. 114.- Cuando se declare nulo el proceso por no haberse observado las formalidades legales, en el caso de ser válidos los actos de reconocimiento, no habrá necesidad de que se proceda a un nuevo reconocimiento, pues dichos actos conservarán toda su eficacia jurídica.

En conclusión, podemos afirmar que si los procedimientos probatorios utilizados por el investigador (Fiscal o Policía Judicial) violan los derechos del procesado (a tener un defensor, a no auto incriminarse, a obtener una confesión mediante torturas) no tendrán ningún valor como medio de prueba; y, si en un proceso que es declarado nulo, se ha realizado actividad probatoria conforme a la Constitución y la ley, no será necesario volver a repetir esta actividad probatoria.

2.4.2. - La reserva en la Indagación e Investigación Previa.

La reserva de la indagación previa, se desprende del último inciso del art. 215 del Código de Procedimiento Penal que manda: “ *Sin perjuicio de las garantías del debido proceso y del derecho a la defensa; las actuaciones de la Fiscalía, de la Función Judicial, de la Policía Judicial y de otras instituciones y funcionarios que intervengan en la indagación previa, se mantendrán en reserva de terceros ajenos a ésta y del público en general, sin perjuicio del derecho del ofendido y de las personas a las cuales se investiga y de sus abogados, de tener acceso inmediato, efectivo y suficiente de las investigaciones. El personal de las instituciones mencionadas que habiendo intervenido en estas actuaciones, las divulguen o pongan de cualquier modo en peligro el éxito de la investigación o las difundan atentando contra el honor y al buen nombre de las personas en general, serán sancionados conforme a lo previsto en el Código Penal*” y el Art. 584 del Código Orgánico Integral Penal, que dispone que “*las actuaciones de las personas e instituciones que intervengan en la investigación previa se mantendrán en reserva, sin perjuicio del derecho de la víctima y de las personas a las cuales se investiga y de sus abogados de tener acceso inmediato, efectivo y suficiente a las investigaciones, cuando lo solicite... Si las personas intervinientes de la Indagación previa divulguen o pongan en peligro el éxito de la investigación o las difundan, atentando contra el honor y el buen nombre de las personas en general serán sancionados conforme con lo previsto en este código*”.

La claridad de la norma transcrita es suficiente para entender: qué personas tienen derecho a acceder a la indagación o investigación previa, qué personas no tienen este derecho, y las sanciones que se impondrían a las personas que divulguen la información que llegue a su conocimiento por participar en esta etapa.

2.4.3. - Formas de concluir la Indagación Previa.

En el extinto Código de Procedimiento Penal se establece como formas de concluir la indagación previa, las siguientes:

Desestimación.

Al tenor de lo que se manda en el art. 39 del Código de Procedimiento Penal, el Fiscal puede solicitar al Juez de Garantías Penales el archivo de la denuncia o parte policial. El precepto legal contiene dos supuestos:

1. Cuando sea manifiesto que el acto no constituye delito.
2. Cuando exista algún obstáculo legal insubsanable para el desarrollo del proceso.

Esta herramienta tendría por finalidad despachar todos aquellos casos en que es evidente que no exista delito y que únicamente ocupan un lugar en los archivos del despacho del Fiscal, para volver la atención a los verdaderos casos que ameritan una investigación.

Inhibición.

El Fiscal procederá a inhibirse del conocimiento de una denuncia cuando no es de su competencia investigarlo, pero esta denuncia deberá ser enviada a la autoridad pertinente, que dependiendo del caso podría ser un Fiscal diferente, Comisarios o Intendentes de Policía. Por lo tanto, la inhibición puede darse por razón de: Territorio o Materia.

Archivo provisional y definitivo.

Por las reformas introducidas al Código de Procedimiento Penal, en marzo de 2009, este tema está explícitamente señalado en el artículo enumerado agregado después del art. 39, por el cual: en todos los delitos, en tanto no se hubiere iniciado la instrucción fiscal, el Fiscal podrá solicitar al Juez de Garantías Penales el archivo provisional de la investigación, cuando de ella no se haya podido obtener resultados suficientes para

deducir una imputación. De encontrarse nuevos elementos de convicción, el fiscal podrá reabrir la investigación y proseguirá con el trámite.

Si no se llegaren a establecer elementos de convicción, la investigación penal se archivará definitivamente dentro de un año en los casos de delitos sancionados con prisión y dentro de dos años en los casos de delitos sancionados con reclusión.

El Código Integral Penal establece en su Art. 585 numerales 1, 2 y 3 el tiempo de duración de la investigación previa que en todo caso no puede ser mayor a dos años, con su respectiva excepción en el caso de desaparición de personas.

En el Art. 586 íbidem se establece la forma de terminar la investigación mediante el archivo de la causa.

Inicio de la Instrucción Fiscal.

Como conclusión obvia de la recolección de los suficientes elementos de convicción por parte del Fiscal en la Indagación Previa, que haga presumir el cometimiento del delito y de la participación del sospechoso como autor o partícipe en el mismo, el Fiscal dará inicio a la etapa de Instrucción, con el objeto de asegurar la presencia del imputado en el proceso para que ejercite sus derechos establecidos en la Constitución y las leyes. En estos casos el Fiscal debe optimizar al máximo el tiempo del cual dispone en esta etapa, el cual servirá únicamente para concluir su investigación y sustentar su dictamen.

2.5.- DE LA INSTRUCCIÓN FISCAL.

La instrucción fiscal tiene por finalidad evitar juicios injustos o inútiles, eliminando el peligro que se llegue al juicio oral para juzgar un hecho inexistente; es decir, asegura por una parte que la actividad procesal cumpla con su cometido evitando un desgaste

infructuoso de energía jurisdiccional, y por otra, evita que se vulnere el derecho relativo a la honra, buena reputación personal y familiar.

El Art. 590 del Código Orgánico Integral Penal manifiesta que la instrucción fiscal tiene por finalidad determinar elementos de convicción, de cargo y descargo; que permita formular o no una acusación en contra de la persona procesada.

Alfredo Vélez al respecto manifiesta lo siguiente “...este procedimiento preliminar ha sido disciplinado para no ofrecer a la jurisdicción más que acusaciones sólidas en los hechos y en el derecho; y garantiza los intereses individuales al mismo tiempo que los sociales; por la autoridad de la Justicia y todavía más por el individuo sospechoso, interesa que ningún juicio se inicie a la ligera. La instrucción resulta así el medio de verificar y descartar las denuncias falsas y temerarias, incluso porque le da al imputado oportunidad de explicar los hechos que se le atribuyen para disipar sospechas infundadas, para combatir presuntos indicios de culpabilidad, para ofrecer las pruebas de descargo, y como el Juez no se circunscribe a un examen unilateral que podría ocultar la verdad de los hechos, sino que realiza un análisis exhaustivo, la instrucción constituye un filtro que suministra una verdadera garantía de la justicia...”.

El anterior Código de Procedimiento Penal, en su artículo 70 señalaba que: se denomina procesado la persona a quien el Fiscal atribuya participación en un acto punible como autor, cómplice o encubridor. Antes de las reformas de marzo de 2009, el art. 70 *Ibidem* hacía referencia a “imputado”, ahora utiliza el término “procesado”.

Por otro lado, para proceder al inicio de la etapa de Instrucción, debe cumplirse los presupuestos señalados en el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal; esto es:

1. La descripción del hecho presuntamente punible.
2. Los datos personales del investigado.

3. Los elementos y resultado de la Indagación que le sirven como fundamento jurídico para formular la imputación.

Mientras que el Art. 591 del Código Orgánico Integral Penal señala que ésta etapa se inicia con la audiencia de formulación de cargos convocada por la o el juzgador a petición de la o el fiscal, cuando la o el fiscal cuente con los elementos suficientes para deducir una imputación

Por lo tanto, debemos tener en cuenta que la instrucción fiscal empezará por dos situaciones: la conclusión de la Indagación Previa; y, por delito flagrante en el caso de existir elementos para imputar a una persona un hecho delictivo. Situaciones que las pasamos a revisar.

2.5.1.- Duración de la Instrucción Fiscal.

El Art. 223 del extinto Código de Procedimiento Penal, determinaba que la etapa de Instrucción Fiscal concluirá, como regla general, dentro del plazo máximo de noventa días improrrogables a partir de la fecha de notificación al procesado o al defensor público. Por lo tanto, las diligencias practicadas después de este plazo no tendrán valor alguno.

El plazo máximo de noventa días es perentorio y fatal, debiendo considerarse que, si el Fiscal no declara concluida la instrucción una vez vencido el plazo señalado, el Juez de Garantías Penales debe declararla concluida, con lo cual se cumplirá el principio de celeridad (art. 6 *Ibíd*em).

Ahora bien, existen dos excepciones a esta regla:

1. La establecida en el inciso segundo del artículo 221 del Código de Procedimiento Penal, que establece que la instrucción se mantendrá abierta por un plazo máximo de hasta días treinta adicionales, esto para el caso de que las investigaciones revelen la participación de otra persona en el hecho objeto de la instrucción. Este plazo se contará a partir de la notificación al nuevo procesado o al defensor público.
2. La señalada en el artículo innumerado agregado después del Art. 161, que manda que la instrucción fiscal, para el caso de una persona detenida en delito flagrante, tendrá un plazo máximo de hasta treinta días (situación a la que ya me referí en el punto 2.1.2. de este trabajo).

Tanto la regla general como las excepciones, deben ser entendidas a la luz de que los plazos que se establecen son los máximos permitidos; lo cual quiere decir que, el Fiscal bien podría declarar concluida la instrucción fiscal en tiempos menores a los máximos señalados.

De igual manera en el Código Orgánico Integral Penal en el Art. 592 establece que la duración de la instrucción fiscal será determinada por el fiscal en la audiencia de formulación de cargos, misma que no podrá exceder del plazo máximo de 90 días, con sus respectivas excepciones, siendo estas los delitos de tránsito que concluirán en un plazo máximo de 145 días, en delitos flagrantes hasta 30 días, en los procedimientos directos, cuando exista vinculación a la instrucción; y, cuando exista reformulación de cargos.

2.5.2 Cierre de la Instrucción Fiscal.

No podemos perder de vista que, la investigación realizada en la Indagación Previa y en la Instrucción Fiscal, debe arrojar todos los elementos necesarios, para sustentar o no la continuación con las demás etapas del proceso penal; por lo tanto, luego de haber fenecido los plazos para el cierre de la Instrucción Fiscal, el Fiscal obligatoriamente

debe dar su opinión fundamentada con respecto a la investigación; dicha opinión la realizará a través del “dictamen”; pudiendo ser de dos clases:

2.5.2.1.- La abstención de acusar.

La abstención de acusar no puede ser reflejo de una investigación pobre e ineficiente por parte del Fiscal, sino que debe reflejarse en la conclusión de que no existen elementos para continuar el proceso. En este sentido, el Fiscal se abstendrá de acusar (es decir, emitirá dictamen no acusatorio), cuando realizado las investigaciones, éste estime que no hay mérito para promover juicio en contra del procesado (art. 226 del Código de Procedimiento Penal)

2.5.2.2.- El dictamen acusatorio.

El dictamen acusatorio se emitirá cuando el Fiscal estime que el resultado de la investigación proporciona datos concretos sobre la existencia del delito y fundamento grave que le permita presumir que el procesado es autor o partícipe de la infracción y requerirá al Juez de Garantías Penales que dicte auto de llamamiento a juicio oral.

La acusación fiscal deberá contener:

1. La determinación de la infracción acusada, con todas sus circunstancias.
2. Nombres y apellidos del procesado.
3. Los elementos en los que se funda la acusación al procesado. Si fueren varios los procesados, la fundamentación deberá referirse individualmente a cada uno de ellos, describiendo los actos en los que participó en el hecho.
4. La disposición legal y constitucional que sanciona el acto por el que se acusa.

El dictamen acusatorio debe ser fundamentado, no solo por ser mandato constitucional y legal, sino porque de esta manera asegura el acierto y la continuación del proceso con la siguiente la etapa intermedia). La fundamentación es del hecho y del derecho.

La fundamentación constituye una formalidad substancial cuya ausencia, insuficiencia, error o falsedad puedan llevar al Juez a dictar auto de sobreseimiento.

La presentación de los dictámenes se presentará en audiencia oral, según el trámite establecido en el Título II del libro IV del Código de Procedimiento Penal, el cual se desarrollará en base a las normas generales para las audiencias que se revisará en el siguiente capítulo de este trabajo de investigación.

2.6.- Actuación de Fiscalía ante un indicio de responsabilidad penal.

Una vez que llegue a conocimiento del señor Fiscal previo sorteo la noticia de un delito ya sea por denuncia o informe de responsabilidad penal, el Fiscal tiene la responsabilidad jurídica de avocar conocimiento de la causa, y señalar la práctica de las diligencias necesarias para el esclarecimiento del delito. Incluso de ser necesario está facultado para solicitar a la Contraloría General del estado pedir una ampliación o aclaración de la auditoría gubernamental y examen especial realizado, investigando por una parte en lo objetivo la materialidad de la infracción; y, en lo subjetivo la responsabilidad penal del sospechoso, para de esta manera proceder con la petición al señor Juez para que se lleve a cabo la Audiencia de formulación de cargos además de solicitar las medidas cautelares correspondientes para que el sospechoso comparezca a Juicio. Durante el desarrollo de la investigación el Fiscal gracias a las atribuciones que le confiere la ley deberá reunir los indicios probatorios necesarios, además del informe de auditoría realizado por la Contraloría General del Estado para que en la etapa de juicio las mismas sean judicializadas y de esta manera obtener una sentencia condenatoria o absolutoria según sea el caso.

UNIDAD III

3.1.- DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

3.1.1.- Concepto.

La Administración pública es la actividad racional, técnica, jurídica y permanente, ejecutada por el Estado, que tiene por objeto planificar, organizar, dirigir, coordinar, controlar y evaluar el funcionamiento de los servicios públicos.

Guillermo Cabanellas define a la Administración Pública como “La actividad administrativa de los órganos del Estado en todas sus escalas o jerarquías. La entidad que administra. Constituye función típica del Poder Ejecutivo, nacional o provincial, y de los municipios. Sus actividades son las que regula el Derecho Administrativo.”(CABANELLAS, 2004). Sin embargo, el autor hace sólo referencia al “Poder Ejecutivo” como sujeto de la actividad pública sin tomar en cuenta a la Función Legislativa y judicial que también lo son.

Carlos Creus define a la Función Pública como sinónimos de la Administración Pública en un sentido propio determinando a esta como:

La que se realiza en virtud de un encargo, de una delegación de Estado en la persona del funcionario y que tiene una repercusión fuera de la administración, ya que expresa la voluntad de los administrados y, sobre ellos, aunque sean a su vez funcionarios o empleados, ora que se configure como función pública asumida libremente por el funcionario, ora como carga pública en quien se vio obligado a asumirla, ya se trate de una función de autoridad- representando e imponiendo la voluntad del Estado en cuanto desarrollo de poder- o de simple gestión (CREUS, 1981).

Sin embargo, cabe recalcar que las “repercusiones” a las que el autor se refiere no solo existirían fuera de la administración sino dentro de esta también, puesto que, con el cometimiento de un ilícito o infracción por parte de un funcionario en ejercicio de su cargo, aparte de ocasionar daños a los administrados, ocasiona perjuicio a la administración, por cuanto esta colapsa, se produce un quebrantamiento de aquello que la administración pública, el Estado, debe conservar como objetivo primordial e imperativo: la seguridad jurídica.

El Dr. Aníbal Guzmán Lara, sostiene que: La Administración Pública es la acción del gobierno encaminada en forma ordenada y técnica al cumplimiento y aplicación de leyes y reglamentos, a promover el bien público en todas sus manifestaciones, económica, de seguridad, de protección, de integridad territorial, educación, vialidad, etc., como a dar resoluciones oportunas a las reclamaciones y peticiones que se susciten o presentaren.(GUZMAN, 1977).

El autor sostiene que la Administración Pública es un proceso técnico y jurídico por cuanto a esta le corresponde la planificación, organización, dirección, coordinación, control y evaluación de los servidores públicos y las funciones que están obligados a desempeñar.

Por otra parte, el autor argentino Edgar Alberto Donna define a la administración Pública como: “El poder público que tiene a su cargo la obligación de velar por los intereses generales, conservar el orden, proteger el Derecho y facilitar el desenvolvimiento de las actividades lícitas” o “el gobierno del Estado totalmente integrado con los poderes que lo componen y con los servicios que son inherentes a la naturaleza de estos poderes o que el Estado atrajo a su esfera por razones prácticas y en orden a finalidades públicas, sea que las realice con organismos específicamente administrativos o por medio de organismos autárquicos, aun cuando estos constituyan entidades jurídicas y en ellos intervengan particulares con sus aportes.(DONNA, 2002).

Donna define a la administración pública como la gerencia que desempeñan los poderes del Estado a saber que estos (originalmente hablando) son el Legislativo, Judicial y Ejecutivo (división tripartita de poderes según Montesquieu). Dicha gerencia debe estar, sin duda alguna, encaminada en el primer caso (Poder Legislativo) a la promulgación, reforma, derogación e interpretación de leyes, tal y como lo establece la Constitución del Ecuador. En el segundo, esto es refiriéndonos a la Función Ejecutiva, a todo aquello establecido en el art. 171 de la Constitución de la República del Ecuador y, en el tercero, a la correcta administración de justicia.

La gestión de los servicios a los que el autor hace referencia comprende, no solamente aquellos realizados por los funcionarios representantes de cada Poder del Estado sino, también, de todos aquellos organismos dependientes de este, cuya finalidad sea prestar un servicio público. Ahora si bien se habla de una facultad que tienen únicamente quienes ostentan la calidad de servidores públicos, aquellos organismos autónomos conformados por particulares que prestaren un servicio público no estarían sujetos o no pudieran ser sujetos de un delito en contra de la administración pública tal y como lo establece Donna en el concepto transcrito en líneas anteriores “*o por medio de organismos autárquicos, aun cuando estos constituyan entidades jurídicas y en ellos intervengan particulares con sus aportes*”. De acuerdo a este concepto una empresa privada conformada por particulares que preste un servicio a la comunidad, como ejemplo una librería, una agencia de viajes, etc., que hayan sido constituidas como Compañías de cualquier tipo pudieran ser servidores públicos y ser sujetos de delitos contra la administración pública, lo que es erróneo.

3.1.2.- Generalidad legal del delito.

El Dr. Hernán Jaramillo Ordoñez en su obra “Delitos de Administración Pública” señala que la administración pública se la puede analizar desde dos ámbitos, siendo el primero como el cumplimiento del deber e interés público y segundo del incumplimiento y sus consecuencias.

Pero en el sentido del Estado acerca de la administración pública, el deber es inalienable debido a que siempre el Estado tendrá como finalidad reparar las injusticias y daños causados frente a la sociedad y peor aun cuando se trata de hechos cometidos en contra del ordenamiento jurídico.

La Constitución de la República del Ecuador, en su Art. 20 manifiesta que:

“El Estado y más entidades del sector público estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que le irrogaren como consecuencia de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados en el desempeño de sus cargos”.

En nuestro ordenamiento jurídico se refleja concretamente lo que la responsabilidad del Estado conlleva naciendo esta disposición de la Constitución de la República del Ecuador, respetando su principio de supremacía constitucional, manifiesta lo siguiente:

“Art. 120.- No habrá dignatario, autoridad, funcionario ni servidor público exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones o por sus omisiones”.

Entonces es evidente que la Constitución ampara el derecho a que sean restituidos los sujetos de la sociedad ante un ataque de irresponsabilidad por parte de un servidor o entidad pública.

Por otro lado, al momento de expresar un criterio sobre la administración en el sentido de la fiscalización y su importancia, Roberto Dromi dice lo siguiente:

“Existe una profunda razón jurídica y política justificativa del control de todas las instancias del quehacer público. El control se impone como deber irreversible, irrenunciable e intransferible para asegurar la legalidad de la actividad estatal.

Sin control no hay responsabilidad. No puede haber responsabilidad pública sin fiscalización eficaz de los actos del Estado.

A tal fin existe una diversidad de vías y remedios procesales para hacer efectivo dicho control. A ello hay que sumar también la estructura orgánica especializada a los fines fiscalizadores del quehacer administrativo” (Dromi, 2009).

Enfatizando de ésta manera la eficacia jurídica en los deberes estatales de todos los servidores públicos, para que a través de la presión realicen actividades lícitas y acorde al ordenamiento jurídico vigente del país. Gracias al mecanismo de fiscalización, la responsabilidad personal de los servidores del sector público o con intervención de dineros públicos del estado en empresas privadas se vuelve obligatorias para su conducta, es por esta razón que la obligación es diversa en cuanto a sus modalidades y regulaciones jurídicas sustantivas y adjetivas consecuentes, como consecuencia del agravio de su conducta en el ejercicio de sus funciones.

Dentro de la Administración pública las personas por sobre quienes recae las obligaciones administrativas son: Los dignatarios elegidos por votación popular (presidente, alcaldes, prefectos, concejales, etcétera); los delegados o representantes de los cuerpos colegiados y los funcionarios y servidores públicos en su ámbito general, castigados con delitos como peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, teniendo estos como característica principal que son imprescriptibles, continuando el trámite con o en ausencia de los procesados.

3.1.3.- Objetivo de la administración pública.

El objetivo de la administración pública es prestar servicios eficientes y eficaces para satisfacer necesidades generales y lograr el desarrollo económico, social y cultural del País. Para obtener estos resultados la administración tiene que formular objetivos, trazar políticas, elegir procedimientos, decidir correctamente, ejecutar las resoluciones y controlar las acciones de los servidores.²

3.1.4.- Proceso Técnico – Jurídico.

La Administración Pública es un proceso técnico-jurídico por las siguientes razones:

La planificación es una guía para la ejecución de obras y el primer paso obligatorio para futuras acciones constructivas del Estado; la Organización determina que los servidores asuman funciones, responsabilidades, decisiones y la ejecución de actividades; y se ponga en orden a las personas y cosas; la Dirección orienta, ejecuta, manda y ordena y vigila las actividades hacia el cumplimiento de los fines, responsabilidades, decisiones y la ejecución de actividades; y se ponga en orden a las personas y cosas; la Coordinación armoniza y establece en forma clara y delimitada las atribuciones y deberes que corresponde a cada servidor en sus puestos de trabajo, engranando los recursos y adecuando las cosas para el logro de los objetivos de la organización; el Control permite registrar, inspeccionar y verificar la ejecución del plan capaz de que pueda comprobarse los resultados obtenidos de los programados y tomar medidas conducentes para asegurar la realización de los objetivos; y, la Evaluación nos conduce a descubrir debilidades y fortalezas de la administración; demostrar los grado de responsabilidad de los funcionarios y empleados en el cumplimiento de sus tareas, medir interpretar y analizar sus resultados sobre el plan de trabajo con el objeto de eliminar errores y obstáculos y adoptar medidas adecuadas para el futuro.

² CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR 2008. La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficiencia, eficacia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.

3.2.- BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

Existen varias corrientes que determinan cual debería ser el bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración Pública a saber:

1. **Teoría italiana:** Esta corriente determina que el bien jurídico protegido en la Administración Pública es el de la regularidad del desarrollo de las funciones del Estado con el objetivo de alcanzar los fines buscados por cada poder.
2. **Teoría Española:** El exponente más alto de esta teoría es el español Alejandro Gorizard quien determina, que la protección del bien jurídico va encaminada a “asegurar el cumplimiento de las funciones administrativas, de la dignidad de la administración pública, infracción de los deberes del cargo, elevación de injustos administrativos a la categoría penal”, es decir, que al igual que la teoría italiana Gorizard sostiene que el bien jurídico protegido en este caso es el de correcto, eficaz y digno funcionamiento de las actividades públicas.
3. **Teoría Alemana:** Esta teoría defiende dos tipos diferentes de delitos cuando de funcionarios públicos se trata: el primero hace referencia a aquellos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, y un segundo que hace referencia a los ilícitos cometidos por funcionarios no relacionados con el cargo que desempeñan. Dejando al segundo grupo de lado, puesto que el bien jurídico protegido dependerá del delito en que hubieren incurrido ya que nada tendría que ver con la Administración Pública; esta escuela determina que el bien jurídico protegido cuando de delitos en contra de la Administración Pública se trata es la “fidelidad a la pureza de la administración pública”³. Lo que, de una manera u otra coincide con las teorías anteriormente expuestas.
4. **Teoría Argentina:** Esta doctrina habla de “la preservación de la función pública como bien jurídico protegido, es decir, que la finalidad de protección a la

³MAURACH, Reinhart, creador de la obra penal “Tratado de Derecho Penal”, Editorial.- Astrea, año 1970, pág. 307.

administración Pública es la de resguardar a los poderes estatales y no solo en el desempeño de sus funciones individuales, sino a la “típica función administrativa de todos ellos”⁴, es decir, no se trata de preservar la Función Ejecutiva o Legislativa o Judicial únicamente, sino al Estado como tal y de sus miembros que son no sólo los funcionarios que desempeñan un cargo, sino los particulares que son quienes constituyen el Estado y sobre quienes surten efectos las gestiones públicas. En resumen, y recopilando las escuelas a las que nos hemos referido en líneas anteriores, se puede determinar, que de una u otra manera el bien jurídico protegido, cuando de la administración pública se habla, es la preservación, el cumplimiento o la pureza (como manifiestan autores argentinos) de todas aquellas funciones o atribuciones que tienen el Estado o sus dependencias. Con esto, lo que se pretende es asegurar, proteger, precautelar el correcto y eficaz funcionamiento del Estado y sus dependencias con la finalidad de obtener aquello que se debe tener como principio universal: seguridad jurídica para los administrados, así como para quienes se encontraren desempeñando un cargo público. Y esta finalidad es el motor que ha impulsado a los legisladores, a través de los años, a la creación y promulgación de leyes encaminadas, precisamente a precautelar, este bien jurídico que, a mí criterio, más que de un bien se trata de un derecho, un principio universalmente conocido como seguridad jurídica que ha sido definido, de manera acertada, por Cabanellas como aquella condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que las integran.

Representa la garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y obligaciones, sin que el capricho, torpeza, mala voluntad de los gobernantes pueda causarles perjuicio. A su vez, la seguridad limita y determina las facultades y los deberes de los poderes públicos. Como es lógico, la seguridad jurídica solo se logra en los Estados de Derecho porque, en los de régimen autocrático y totalitario, las personas están siempre sometidas a la arbitrariedad de quienes detentan el poder.

⁴DONNA, Edgardo Alberto, “Derecho Penal”. Editorial Rubinzal-Calzoni. Buenos Aires, 2002.

3.3.- EL PRINCIPIO DE MÍNIMA INTERVENCIÓN

Tradicionalmente el derecho Penal se identifica como una forma de control social formal de reacción, pues en sentido general, la reacción estatal ante el delito se materializa mediante la Política Criminal y las diversas instituciones del control Social.

Hablar de Derecho Penal Mínimo es llevar a la esfera de aplicación del derecho penal, el mínimo de conductas transgresoras, hay inclusive quienes afirman que el Derecho Penal camina hacia su propia tumba y será reemplazado por un nuevo derecho correccional. Si el Derecho Penal no es el único medio de control social, entonces porqué hacer uso extensivo de este.

Dada la gravedad del control penal no es posible utilizarlo frente a todas las instituciones. El estado dejaría de ser derecho, los ciudadanos vivirían bajo la amenaza penal, de la inseguridad jurídica, un estado que únicamente se encargaría de reprimir a las personas y no darles la oportunidad de rehabilitarse, los ciudadanos tendrían que vivir en incertidumbre, bajo rejas como de hecho sucede en las grandes ciudades.

El Derecho Penal Mínimo, surge en Europa del Sur y se orienta hacia la reducción de la pena con la intención de abolirla intención. Platea que las clases subalternas son las más criminalizadas y las más victimizadas, parte de una crítica al sistema penal y plantea su abolición, pero deberá transitar por un período en el que paulatinamente vaya reduciéndose al mínimo. (Marian Mónica Magallanes Maldonado. - Criminología crítica: Planteamientos, perspectivas y valoración final. - Derecho & Cambio Social. - Lima – Perú. - 2004).

Sabemos que el Derecho Penal debe proteger bienes jurídicos, pero esto no significa que todo bien jurídico haya de ser protegido penalmente, no tampoco que todo ataque a los bienes jurídicos penalmente tutelados deba determinar la intervención del Derecho Penal.

Silva Sánchez afirma que: “El Derecho Penal que debe cumplir el fin de reducción de la violencia social, ha de asumir también, en su configuración moderna, el fin de reducir la propia violencia punitiva del Estado; esta reducción tiene lugar por dos maneras: Sobre la base del principio de la intervención mínima y, sobre la base de los principios garantistas individuales.

En consecuencia, el Derecho Penal debe utilizarse solo en casos sumamente graves y cuando no haya más remedio por haber fracasado y a otros mecanismos de protección.

Al hablar de Derecho Penal Mínimo, se quiere indicar que la intervención penal solo es lícita en aquellos supuestos en los que el Estado previamente ha agotado todas las posibilidades no penales para la prevención del delito (culturales, educacionales, asistenciales, de política general) y pese a todo, de ahí su naturaleza subsidiaria persisten los conflictos agudos de desviación.

La puesta en práctica del principio de mínima intervención penal, resulta en muchos casos difícil, sin embargo el legislador debería tener presente que el carácter fragmentario del Derecho Penal exige la puesta en práctica de un amplio proceso de despenalización de comportamientos considerados en la actualidad como delictivos y que además este mismo carácter no puede ser utilizado como excusa para no acometer la penalización de otros hechos socialmente dañinos que en la actualidad escapan a la esfera penal.

La intervención penal no es positiva en el infractor, lejos de socializarse se estigmatiza. La pena crea en el delincuente una desviación sugiriéndole un comportamiento futuro de acuerdo a su nuevo status. Antonio Pablo García, en su tratado de Criminología señala que: “a menudo no es la comisión de un delito el obstáculo real para la reinserción del infractor, sino el hecho de haber padecido una pena”.

Luigi Ferrajoli señala: Al coste de la justicia, que depende de las opciones penales del legislador, las prohibiciones de los comportamientos que ha considerado delictivos, las penas y los procesos contra sus transgresores, se añade por tanto un altísimo coste de las injusticias que depende del funcionamiento concreto de cualquier sistema penal.

Y a lo que llaman los sociólogos la “cifra negra” de la criminalidad formada por el número de culpables que sometidos o no a juicio, quedan impunes y/o ignorados, ha de añadirse una cifra no menos oscura, pero aún más inquietante e intolerable, la formada por el número de inocentes procesados y a veces condenados. Llamaré cifra de la ineficiencia a la primera de estas cifras y cifra de la injusticia a la segunda en la que incluyen:

1. Los inocentes reconocidos como tales en las sentencias absolutorias tras haber sufrido el proceso y en ocasiones la prisión preventiva.
2. Los inocentes condenados por sentencia firme y ulteriormente absueltos a resultados de un procedimiento de revisión.
3. Las víctimas, cuyo número quedará siempre sin calcular verdadera cifra negra de la injusticia de los errores judiciales no reparados.

El principio de intervención mínima representa un límite coherente con la lógica del Estado contemporáneo, que busca el mayor bienestar con el menor costo social, de acuerdo con un postulado utilitarista.

El hecho de concebir al Derecho Penal Mínimo como un modelo ideal, trae a la palestra la discusión acerca de los medios para limitar el poder de punir. Silva Sánchez afirma que “el Derecho penal que debe cumplir el fin de reducción de la violencia social, ha de asumir también, en su configuración moderna, el fin de reducir la propia violencia punitiva del estado”. Esta reducción tiene lugar por dos vías: Sobre la base del principio

utilitarista de la intervención mínima y sobre la base de los principios garantistas individuales.

Los cimientos para reducir el ámbito penal los tenemos en cuanto al objeto de protección (bienes jurídicos tutelados por el derecho penal) y en cuanto a los sujetos que cometen el ilícito.

Descriminalizar, es eliminar una conducta del ámbito de la pena criminal, sin perjuicio de integrarla en otras esferas del derecho punitivo, mientras que despenalizar es erradicarla totalmente de éste.

La despenalización, implica la renuncia por parte del Estado a toda potestad y por consiguiente a toda competencia sancionadora, sin embargo, la problemática del cambio de competencia puede subsistir, si subsisten consecuencias jurídicas no penales de la conducta despenalizada.

3.4.- EL PECULADO.

Bajo esta definición, el delito de peculado, sería lo que comúnmente se conoce como corrupción. Quien comete este delito roba fondos que pertenecen al Estado y que, en teoría, debía gestionar, es decir, incurren en una defraudación de confianza del Estado, ya que sus respectivas autoridades le facultaron algún tipo de función y le posibilitaron acceso a los recursos públicos. El peculado en ocasiones no refiere específicamente al robo de dinero, sino que también puede concretarse cuando el funcionario en cuestión hace uso de ciertos objetos que, en realidad, deberían estar disponibles para el bien común.

3.4.- GENERALIDADES DEL DELITO DE PECULADO.

3.4.1.- La corrupción.

Antes de entrar de lleno al estudio de la figura del peculado, es importante analizar algunas conceptualizaciones referentes a la corrupción.

Según el diccionario de la real academia española, “La corrupción es acción y efecto de corromper, alteración de escritos, vicios o abusos en costumbres.

Corromper: Alterar algo, echar a perder, pudrir, sobornar, seducir a una mujer, estragar, pervertir.

Acto corrupto: (acto aislado) El acto del funcionario es corrupto cuando este antepone su interés personal o de un determinado sector al bien común que es la finalidad última de la función. Resulta más fácil ser detectado y corregido porque es un acto aislado.

Estado de corrupción: Es una situación que permanece en el tiempo. Esto es mucho más preocupante porque permanece y es contagioso, es una enfermedad moral que tiende a expandirse.

La corrupción es un acto ilegal que ocurre cuando una persona abusa de su poder para obtener algún beneficio para sí mismo, para sus familiares o para sus amigos. Requiere de la participación de dos actores: uno que por su posición de poder pueda ofrecer algo valioso y otro que esté dispuesto a pagar una “mordida” o soborno para obtenerlo.

No todas las prácticas corruptas son delitos tipificados en el código. La corrupción no se limita solo a las transacciones de dinero, en determinados casos la corrupción es el

precio que se paga a los individuos por participar en decisiones contrarias al interés general y a los que fueran sus propias convicciones.

3.5.- EL PECULADO COMO DELITO.

El peculado no se trata, de un “delito nuevo”, todo lo contrario, es importante señalar que en la última época se presenta como un problema de muy particulares caracteres distintos de los anteriores, por extenderse al Derecho Internacional, eso se explica fácilmente por múltiples circunstancias nuevas, no en lo que atañen al delito mismo, sino a sus consecuencias y a las dificultades que se oponen a su represión y a la reparación del daño causado. Ahora es indispensable fijar con mayor exactitud posible la situación de los concurrentes responsables del peculado.

El tratadista Guillermo Cabanellas respecto a la definición del delito de peculado nos dice: “Sustracción, apropiación o aplicación indebida de los fondos públicos por aquel a quien está confiada su custodia o administración”. En la actualidad, este delito se denomina malversación de caudales públicos.

De la definición dada tenemos los siguientes aspectos:

- La modalidad del cometimiento del delito puede darse de muchas formas, pudiendo ser por sustracción, por apropiación o por aplicación indebida de los fondos públicos.
- Existe apropiación o aplicación indebida de fondos cuando se cambia el destino de los mismos del fin al que inicialmente se los destinó; por ejemplo: cuando un alcalde toma dineros públicos presupuestados para ejecutar la construcción de una cancha deportiva y los dona a una comuna para realizar obras de alcantarillado.

- Uno de los aspectos esenciales del delito está en que los fondos que son materia del ilícito, en forma obligada deben ser públicos, puesto que si son privados, simplemente no se configuraría el peculado, sino que se adecuaría el delito de robo, hurto, abuso de confianza u otro delito similar, pero jamás se configuraría el peculado, porque sencillamente los recursos no son públicos, desde luego con las excepciones que señala la ley, como en el caso de las personas que tenga a su cargo o manejen recursos de la banca privada.
- El delito debe ser cometido en forma obligada por aquel a quien está confiada su custodia o administración, de tal suerte que si otra persona, así sea funcionario público que no estando a cargo de la custodia o administración de los dineros, se los sustrae, tampoco comete el delito de peculado, sino simplemente de sustracción.

Para Raúl Goldstein: “El peculado consiste en la sustracción de caudales públicos por parte del funcionario público al que le fueron confiados, es un delito más grave que el hurto porque el autor abusa de su cargo o función.

Según Manuel Osorio, el peculado es: “un delito que consiste en el hurto de caudales del erario público, hecho por aquel a quien está confiada su administración. Jurídicamente el concepto es más amplio y se encuentra desarrollado al tratar de la malversación de caudales públicos (OSORIO, 2006).

Luis Carlos Pérez dice manifiesta que el peculado es la incorrecta aplicación de las cosas o efectos confiados a una persona, con el encargo de darles un fin convenido previamente, pero para que la infracción adquiriera su auténtica naturaleza es necesario que las cosas o caudales sean públicos o que la persona deba responder porque se le han entregado específicamente para que los intervenga.

Los conceptos transcritos contiene elementos que son concordantes en todos ellos, así la sustracción, como conducta ilícita del sujeto activo y sustracción en términos legales, consiste en la apropiación de un bien perteneciente a otra persona; además, se refieren los autores citados a que debe haber un perjuicio con dicha conducta en contra de los fondos públicos, entendiéndose por tales aquellos bienes que pertenecen al Estado y que sean susceptibles de apropiación, pudiendo también en ocasiones configurarse el ilícito por el uso indebido de tales bienes; otro elemento lo encontramos en el sujeto calificado o sea el servidor público que tiene a su cargo el manejo o custodia de tales bienes, en el ejercicio de la función pública a él encomendada.

3.5.1.- Análisis del delito de peculado.

Entre las más antiguas leyes de la humanidad que conocemos, el código de Manú o leyes de Manú, dedica algunas de sus disposiciones al peculado. Su libro VII, relativo a la conducta que deben observar los reyes, dice: Muchos soberanos, a consecuencia de su mala conducta, han perecido con sus bienes, mientras que ermitaños han obtenido reinos por su cordura y humildad.

Como se puede ver, ya entonces, alrededor de 1000 años antes de nuestra era, es decir con una antigüedad de 3.000 años más o menos, sin poder fijar con exactitud la fecha de su redacción, se penaban conductas similares al actual peculado con términos generales, pero de ningún modo ambiguos.

Lo mismo ocurre con los manuscritos encontrados cerca del Mar Muerto, a los que se les da el nombre de “Rollo del Mar Muerto”. Algunos de ellos llevan el nombre de Comentarios de Habacuc, y se les asignó una fecha de origen que es aproximadamente la de 70 años de nuestra era. En esos rollos se habla de un sacerdote impío en lucha abierta con otro personaje simbólico llamado Maestro de Rectitud, y lo hace en los siguientes términos:

El sacerdote impío que fue llamado con el nombre de verdad cuando inició su ministerio, pero cuando gobernó sobre Israel su corazón se exaltó y abandonó a Dios y traicionó los Estatutos en beneficio de la riqueza; y robó y almacenó la riqueza de los hombres de violencia que se habían rebelado contra Dios; y tomó la riqueza de los pueblos, sumando así sobre sí mismo el pecado de extralimitación; fraguó caminos de iniquidad con toda impureza de lo inmundo. El sacerdote impío a quien debido al mal inferido al Maestro de Rectitud y a los hombres de su partido, Dios entregó en manos de sus enemigos para que lo atormentaran a golpes a fin de que pudiera ser exterminado con amargura en el corazón, por el mal que había hecho a sus elegidos.

El Derecho Romano se englobaba bajo el nombre de crimen repetun darum, una serie de hechos de corrupción propiamente dicha, conjuntamente con los de concusión. El Derecho Imperial prevé, sin embargo, el delito de concusión que surgió como una forma independiente de extorción, aplicando varios autores el título de concusión a diversos tipos de extorciones. Y así se distinguió entre la concusión propia, cometida con un sujeto con autoridad y concusión impropia, cometida por los particulares, circunscribiéndose luego el nombre a calificar la acción de los funcionarios que se valen del temor a su autoridad, metus publica e potestatis para obtener exacciones.

Todo ciudadano o no ciudadano podía entablar acción aún contra los funcionarios públicos por *furtum* e *injuria*, en el amplio sentido que en Roma tuvieron esta palabra: hasta los comienzos del siglo VII, de la ciudad no hubo ninguna diferencia legal en este aspecto entre el ladrón de bolsillo y el cónsul concusionario. En algún tiempo se hizo uso para perseguir los peculados de los funcionarios públicos, de una forma más rigurosa de procedimiento civil, y en la evolución ulterior de esta clase de proceso, que gradualmente fue reemplazado al antiguo procedimiento criminal, la circunstancia agravante constituida por desempeñar el delincuente funciones públicas fue un motivo suficiente para que aún el procedimiento por defraudación de caudales públicos (*laquaestiopeculatus*), por traición a la patria y los demás relacionados con este (*quaestio maiestatis*), se entablarán preferentemente contra los que abusaran o hicieran mal uso de las funciones públicas.

El peculado es una conducta mediante la cual las personas encargadas de la custodia de los bienes y servicios del Estado en general, abusan de la autoridad a ellos conferida en razón de su cargo, abuso que se ve reflejado en la sustracción o distracción de cualquier cosa perteneciente al Estado o inclusive de un particular.

El peculado es un delito de peligro, por cuanto la acción del agente conlleva a un juicio de probabilidad, que le permite valorar el resultado con la situación concreta en que se encuentra.

Así mismo dicha situación de peligro, creada por la infracción del deber a que nos referimos, no siempre produce un resultado lesivo, ya que el interés de la norma no es tanto la protección del patrimonio público o particular, bajo su responsabilidad, como la lección del deber de fidelidad de las personas en el ejercicio de sus cargos.

El objeto material u objeto de la acción de las formas de peculado, están constituidos por el término bienes. Los bienes del Estado se precisan que debe entenderse por tales, los pertenecientes a todas las entidades que hacen la administración pública.

Ahora bien, los bienes también pueden ser de dominio de los particulares, la distinción entre bienes públicos y bienes particulares en nuestro país opera, cuando existe el empleo para peculado por apropiación, lo mismo que para el peculado por uso indebido.

La distinción entre bien público y bien privado, no es especial en la configuración del delito de peculado, lo importante es que el bien lo administre el servidor público por razón u ocasión de sus funciones.

Para que se pueda decir que un servidor público ha cometido el peculado, no es necesario que a este se le confíen físicamente los bienes, sino que es suficiente la capacidad jurídica de disponer de ellos a nombre del ente oficial al cual representa.

Existe un vínculo de confianza, quebrantado y utilizado como medio para el delito, hallamos la ofensa de un derecho social, un objeto jurídico que prevalece sobre la consideración de la cosa pública, un riesgo de mayor peligro para la propiedad común, y con ello constituimos la figura de peculado propiamente dicho.

El asunto cambia sustancialmente de aspecto cuando se contempla el peculado propiamente dicho, que en definitiva es la apropiación indebida de fondos y bienes públicos, cometido por una persona investida de algún cargo público, a la cual, precisamente en razón de este, le fueron entregadas, con la obligación de conservarlas y devolverlas.

Pero cuando la confianza es consecuencia de una necesidad, esta va unida a las condiciones inseparables del ordenamiento de la cosa pública, se tiene resultado eternamente contrario, pero como la Nación o Estado, tiene la necesidad de que funcionarios administren su patrimonio, los escoge entre los ciudadanos que tiene más fama de probos u honrados, les proporciona emolumentos suficientes para sus necesidades y los eleva a la dignidad de empleados sumamente honorables.

El tratamiento que se debe dar al delito de peculado, va a depender de la ubicación que debe adoptar el investigador o el legislador, es decir si se ubica dentro del garantismo o el control social, del derecho penal mínimo o el derecho penal máximo.

Carlos Creus, enmarcándose en la matiz del control social, manifiesta que los delitos contra la administración pública, “protege a la Administración Pública, preservando la regularidad de su funcionamiento y la legalidad de los actos administrativos, que pueden verse comprometidas por el acto arbitrario en el que el funcionario actúe más allá de su competencia, por la omisión de su actividad necesaria y aun por la injerencia ilegal de particulares en la esfera de competencia de la administración”.

Edgardo Dona, ubicado en la misma perspectiva que Creus y al referirse al delito de peculado y el bien jurídico protegido, manifiesta que: “El bien jurídico en este delito lo constituye el eficaz desarrollo de la administración, pero referida concretamente al cuidado de los fondos públicos que surgen en razón de los deberes especiales que el incumben al funcionario”.

El garantismo considera que las criminalizaciones de las conductas deben darse en virtud de una individualización de los intereses tutelados o bienes jurídicos protegidos y no en abstracto, es decir debería estar siempre más valorada la diferencia entre bien jurídico como categoría y bien jurídico específicamente tutelado por cada norma, enfocado sobre un aspecto particularista y más concreto de tutela; un esfuerzo que, en definitiva, vaya de lo universal a lo particular.

El peculado se refiere al abuso de bienes que hubieren sido confiados a la custodia del funcionario público, individualizando la protección del bien jurídico y sancionando al funcionario público que se hubiere apropiado de un bien estatal.

En el extinto Código Penal, el peculado estaba ubicado en el Libro Segundo, Título III, que trata de los Delitos contra la Administración Pública, y dentro del capítulo V, referente a la violación de los deberes contra funcionarios públicos, actualmente en la sección III del capítulo V del COIP, por lo cual se colige que el peculado no es un delito contra la propiedad sino contra la administración pública, criterio que es compartido también por el prestigioso jurista lojano, el Dr. Luis Cueva Carrión.

Lo esencial en el delito de peculado no radica en la sustracción, destrucción, malversación o cambio de vínculo de los bienes públicos, sino ante todo y sobre todo, en faltar a la fidelidad que todo servidor público tiene para con los bienes que están a su cargo y responsabilidad. Quien maneja fondos o bienes públicos tiene el deber ineludible de cuidarlos, protegerlos, darles el uso normal para el que están destinados y administrarlos con esmero, cuidado y responsabilidad, por lo tanto, si actúa en sentido contrario, debe responder administrativa, civil o penalmente.

3.5.2.- Clases de Peculado

Según el autor Luis Cueva Carrión en su obra “El Peculado” existen las siguientes clases de peculado:

- Por Apropiación: Se tiene claro que el peculado por apropiación como su nombre lo indica se encuentra presente cuando se da la sustracción o apropiación por parte de la persona encargada de cosas de la administración pública que las utiliza para beneficio propio o de terceros.
- Por extensión: El peculado por extensión es claro ya que radica en que la persona que sustrae bienes pertenecientes a instituciones o empresas en las que sea parte el Estado; a instituciones que se dedican a la beneficencia, a la defensa civil o a la educación; no es un servidor público sino una persona particular, que utiliza de forma ilegal e indebida estos bienes.
- Por omisión: El peculado por omisión lo comete el receptor de impuestos, tasas o contribuciones cuando no los consignan en el término legal establecido en la ley en el caso de personas jurídicas que por supuesto están representadas por una persona natural.
- Por error ajeno: El peculado por error ajeno consiste en que cuando un servidor público por error ajeno ha recibido dinero o bienes pertenecientes a la administración pública y se apropia de estos en beneficio propio o de terceros.
- Culposos: El peculado culposos se da por negligencia o imprudencia de un servidor público con lo que se da la pérdida o el daño de bienes que son pertenecientes al Estado ya sea en instituciones o empresas de las cuales forme parte.

- Propio: El peculado propio es una figura delictiva, que tiene como elementos típicos que el sujeto activo sea un funcionario público, entendiéndose como tal aquel que realiza la función pública, se trata de un delito especial propio, no todo funcionario público será autor de este delito, el tipo penal exige que la administración, percepción o custodia de los bienes públicos deben haber sido confiados al funcionario público en base al cargo que ocupa, requiriéndose la existencia de una relación funcional específica.
- Impropio: En el Peculado Impropio, encontramos verbos rectores alternativos del comportamiento típico, estos son apropiarse y utilizar, existe apropiación cuando el sujeto activo realiza actos de disposición personal de caudales o efectos de propiedad del Estado y que el agente posee en razón de su cargo para su correcta y diligente administración o custodia; y; utilizar es servirse del bien como ejercicio de una ilícita propiedad sobre el mismo y que excluye de ella al estado, esta forma delictiva también se denomina peculado por extensión, incluidos los particulares en el caso del sistema financiero, el denominado peculado impropio requiere por parte del agente un acto de disposición de los bienes, caudales o efectos sin orden, conocimiento o consentimiento de la autoridad.

Las clases de peculado antes singularizadas son utilizadas en los diversos países con sus legislaciones y por esta razón no todas se encuentren en la legislación penal ecuatoriana

3.5.3.- Elementos constitutivos del peculado

Conforme se desprende de la Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 7. Página 2031 (Quito, 17 de octubre de 2001) el peculado se integra por tres elementos, a saber:

- a) Que se trate de funcionario público, bancario o de cooperativa, o de un encargado de un servicio público;
- b) Que hubiesen abusado en cualquier forma de los bienes, documentos o recursos pertinentes a tales entidades; y
- c) Que hubiese cometido tales actos aprovechándose de que dichos bienes estuvieron en su poder, en virtud o en razón de su cargo.

3.5.4.- Características del delito de peculado

Para que exista delito de peculado, éste debe reunir las siguientes características:

1. Calidad de servidor público o encargado de un servicio público, como sujeto activo;
2. La acción dañosa debe darse en contra de una entidad u organismo del sector público, como sujeto pasivo;
3. El objeto material del peculado debe estar constituido por dinero o bienes cuantificables en un valor económico.
4. Los bienes materiales deben hallarse en poder o custodia del sujeto activo, en razón de su cargo; y,
5. El abuso o disposición arbitraria de dichos bienes reporta al sujeto activo o terceros un beneficio económico.

3.5.5.- Elementos objetivos del tipo de peculado.

A continuación, realizare un análisis del delito de peculado, a partir de los elementos objetivos del tipo.

3.5.5.1.- Sujeto Activo.

Como sabemos el sujeto Activo del delito se refiere a la personal natural que ha cometido el delito, así existen sujetos activos calificados y no calificados. Se denomina Sujeto activo calificado a aquellos que requieren de cierta calidad para ser partícipes de un delito. Ejemplo: Solo el Juez puede ser autor de prevaricato.

El sujeto activo no es calificado, cuando no se requiere de ninguna calidad especial. Ejemplo: Cualquier persona puede ser responsable de robo.

Hay que manifestar que el delito de peculado en el Ecuador en la misma figura delictual se la ha dividido en peculado donde intervienen los recursos públicos con el peculado cometido en instituciones del Sistema Financiero. Entonces observamos que los sujetos activos del peculado cometido a recursos públicos, en el que necesariamente debe existir un servidor público que es quien abusa de los bienes para su provecho propio o para un tercero, pero claro eventualmente puede existir como beneficiario, este último que no necesariamente debe tener la calidad de servidor público.

La Constitución de la República en la última parte del Art. 233 cuando luego de abordar la imprescriptibilidad y el juzgamiento en ausencia para los servidores públicos responsables de delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, concluye diciendo: “Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas”.

De igual manera tenemos a los sujetos activos del delito de peculado cometido en instituciones del sistema financiero, los cuales según la normativa actual pueden ser los ejecutivos o empleados de las instituciones del Sistema Financiero Nacional que realicen actividades de intermediación financiera, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades y las personas que obtengan o concedan créditos vinculados, relacionados o intercompañías.

En principio en el delito de peculado, únicamente tendrían participación los funcionarios públicos, sin embargo la Constitución de la República de nuestro país en el Art. 233 responsabiliza por este delito a las demás personas que participaren en el cometimiento, aun cuando no tengan las calidades de servidores públicos, pero los particulares serán responsables únicamente en coparticipación con un funcionario público, nunca puede ser sancionado un particular por peculado sin la participación de un funcionario público.

3.5.5.2.- Sujeto Pasivo.

El sujeto pasivo del delito es aquella persona que recibe el daño o sobre la cual recae la ejecución del delito.

En el peculado la víctima directa es el Estado y como parte integrante de él todos los ecuatorianos, ya que, como producto del delito de peculado, vienen consecuencias negativas, como la pérdida de dinero para la Administración Pública y la pérdida de confianza en el sistema estatal y su accionar a través de sus funcionarios.

El sujeto pasivo se presenta en dos casos, esto es en el caso del peculado cometido sobre recursos públicos, el sujeto pasivo no es otro que la administración pública, definida en el Art. 227 de nuestra Constitución como “ un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación”, mientras que en el caso del peculado cometido en las instituciones del sistema financiero, si el referido abuso se comete sobre los bienes o dineros de la institución financiera y no afecta su normal actividad el sujeto pasivo será la misma entidad, más si el ilícito produce u ocasiona el cierre de la institución financiera los sujetos pasivos serán todos los depositantes de la referida entidad y este tipo de peculado será controlado por la Superintendencia de Bancos y Seguros.

Como ya había manifestado anteriormente el Art. 233 de la Constitución de la República del Ecuador prescribe que el delito de peculado es imprescriptible y el juicio se realizará incluso en ausencia de los acusados, además señala que ningún servidor público estará exento de responsabilidades por los actos cometidos en el ejercicio de sus funciones o por sus omisiones.

3.5.5.3.- Verbo Rector.

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

Nuestra legislación penal vigente hasta el 9 de agosto del 2014 con el Código Penal al referirse al delito de peculado, menciona que serán responsables de peculado el funcionario público que: "... hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo, ya consista el abuso en desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante".

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

3.5.6.- Juicio en ausencia.

El Art. 233 de la Constitución de la República del Ecuador prescribe que el delito de peculado, al igual que otros tres delitos conocidos como de corrupción: El cohecho, la concusión y el enriquecimiento ilícito, son imprescriptibles y los juicios se realizarán incluso en ausencia de los acusados, además señala que ningún servidor público estará

exento de responsabilidades por los actos cometidos en el ejercicio de sus funciones o por sus omisiones.

En tanto que el Art. 233 del extinto Código de Procedimiento Penal, tiene el siguiente texto: Suspensión y continuación.- Si al tiempo de expedirse el auto de llamamiento a juicio, el procesado estuviere prófugo, el juez de garantías penales después de dictado dicho auto, ordenará se suspenda la iniciación de la etapa del juicio hasta que sea detenido o se presente voluntariamente, excepto en los procesos penales que tengan por objeto delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, en los que la continuación de la causa se realizará en ausencia del procesado. Si fueren varios los procesados, y unos estuvieren prófugos y otros presentes, se suspenderá el inicio del juicio para los primeros y continuará respecto de los segundos.

Sin embargo, el Art. 613 del Código Orgánico Integral Penal dispone que el Juez declarará instalada la audiencia de juicio en el día y hora señalados, con la presencia del fiscal, el defensor público o privado y la persona procesada, salvo el caso previsto en éste código referente a las audiencias telemáticas y los casos previstos en la Constitución, es decir en el delito de peculado ya que es imprescriptible, sin realizar un señalamiento específico de los delitos.

En la tipificación de estos delitos, se encuentra reflejado el interés que tiene el Estado en sancionar a aquellos funcionarios que abusando de su autoridad o de la función a ellos otorgada, procedan a cometer actos de corrupción, la cual ha sido considerada como el mal del siglo, un mal endémico que afecta a la sociedad y particularmente a la Administración Pública.

3.5.7.- Bien jurídico protegido en el delito de peculado.

En el catálogo de delitos tipificados en el Código Sustantivo Penal, encontramos una codificación en función del bien jurídico protegido, así tenemos los capítulos

correspondientes a los delitos contra la seguridad del Estado, contra las personas, contra la propiedad, contra la fe pública y más.

De ahí que delito de peculado, según esta codificación, protege el bien jurídico “Administración Pública”.

3.6.- OBJETIVO DE LA ACCIÓN U OMISIÓN.

El objetivo de la acción u omisión es un elemento del tipo penal, consistente en la cosa material o persona sobre la que recae la acción u omisión del verbo nuclear. Por ejemplo, el artículo 284 del COIP del Ecuador, referente a la ruptura de sellos y documentos, establece que “la persona que rompa o retire los sellos impuestos por la autoridad competente, para incumplir la medida interpuesta, será sancionado con pena privativa de libertad de uno a tres años.

En este ejemplo, el objeto de la acción está determinado por una cosa material, que son “los sellos”, porque es precisamente sobre ellos que recae el verbo nuclear de romper.

Recordemos y analicemos cual es el objeto de la acción u omisión en el delito de peculado.

En el caso del peculado, el objeto de la acción está determinado por los recursos públicos, porque sobre ellos recae el abuso que hacen los funcionarios públicos.

3.7.- SISTEMA ACUSATORIO ORAL PÚBLICO.

Este sistema se sustenta en los principios rectores de esta tendencia procesal penal los mismos que son: La oralidad, la inmediación, la publicidad, la contradicción.

Existen dos áreas que dan cuenta de lo crucial que resulta la Fiscalía para el nuevo sistema. La primera es que esta Institución es clave para lograr una des formalización de la investigación criminal, lo cual ha demostrado ser uno de los aspectos más desprovistos de los modelos inquisitivos, en donde la investigación se caracteriza por ser burocrática, ritualista y excesivamente formalista; el nuevo sistema exige que la Fiscalía sea capaz de dinamizar la investigación criminal dotando de mayor flexibilidad, desarrollando trabajo en equipo en plena coordinación con la Policía Judicial.

La segunda área radica en que la actuación de la Fiscalía es fundamental para el diseño de una política de control de la carga del trabajo, que no solo posibilite a la institución funcionar con agilidad, calidad y eficiencia, sino que permita un sistema de justicia criminal ágil y eficiente. De ahí que se entregaron importantes facultades discrecionales a los fiscales para que aplicaren diversas manifestaciones del principio de oportunidad y que permitan el empleo de mecanismos de simplificación procesal.

El rol asignado a la actual Fiscalía en la reforma procesal penal acusatoria, ha traído consigo cambios y reformas trascendentales que a continuación se enunciarán.

Hoy se ha venido sosteniendo que la Fiscalía en nuestro país tenía una estructura orgánica débil, así inicialmente formaba parte de la función judicial y posteriormente pasó a depender de la Procuraduría General del Estado, hasta que en la actualidad ha logrado su propia autonomía.

En la actualidad la Fiscalía pasó de ser un órgano secundario e intrascendente y se convirtió en el eje central de la investigación penal, y esta atribución que fue conseguida y direccionada por la Constitución de 1998 se la ratificó en la constitución de Montecristi, en donde la Fiscalía pasa de ser un órgano de control y se convierte en un organismo autónomo de la Función judicial con las características de único e indivisible. Igualmente, se le otorga la titularidad de la acción penal y se le encomienda la protección de la sociedad y las víctimas de los delitos. Estas atribuciones serán posteriormente analizadas conforme al marco jurídico vigente.

DEFINICIÓN DE TÉRMINOS BÁSICOS.

CITACIÓN. - Diligencia por el cual se hace saber a una persona el llamamiento hecho de orden del Juez, para que comparezca en juicio a estar a derecho. (CABANELLAS, Guillermo. 2007. Pág. 70).

COACCIÓN.- En derecho penal, causa de exclusión de la culpabilidad, supone un obrar consciente pero violentado por amenazas de sufrir un mal grave e inminente, de allí que el sujeto que obra coaccionado no es culpable. (Enciclopedia jurídica, 2014).

CÓDIGO. - “Del latín *códex* con varias significaciones; entre ellas, colección sistemática de leyes. Puede definirse el código como la ley única que, con plan, sistema y método, regula alguna rama del derecho positivo”. (CABANELLAS, Guillermo. 2007. Pág. 73).

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. - La locución contenciosa administrativo alude tanto a la jurisdicción atribuida a determinados órganos estatales para conocer de las controversias jurídicas suscitadas por la aplicación y ejecución de la normativa administrativa, como al proceso que da curso a estas controversias. (RUIZ, 2006).

COMPETENCIA. - Contienda, disputa. / Oposición, rivalidad; sobre todo del comercio y la industria. / Atribución, potestad, incumbencia. / Idoneidad, aptitud. / Capacidad para conocer una autoridad sobre una materia o asunto. / Derecho para actuar. (CABANELLAS, Guillermo. 2007. Pág. 78).

INDEMNIZACION.- Es la reparación que en dinero o en especie hacen los Entes Públicos, por la lesión a la esfera jurídica-patrimonial de la persona afectada como consecuencia de su actividad administrativa irregular. (Enciclopedia jurídica, 2014).

INDICIO.- El "indicio" es una circunstancia cierta de la que se puede sacar, por inducción lógica, una conclusión acerca de la existencia (o inexistencia) de un hecho a probar; por tanto, la convicción indiciaria se basa en un silogismo en el que la premisa mayor (abstracta y problemática), se funda en la experiencia o en el sentido común, la premisa menor (concreta y cierta) se apoya o constituye la comprobación del hecho, y la conclusión, sacada de la referencia de la premisa menor a la premisa mayor. (Enciclopedia jurídica, 2014).

INFORME. - Es un documento en el cual el perito expresa un hecho concreto. Se utiliza frecuentemente para manifestar que se llevó a cabo una diligencia o un estudio, en el cual, los resultados fueron negativos, en otras palabras, que no fue posible realizar una certificación o integrar los elementos para efectuar un dictamen. (Enciclopedia jurídica, 2014).

INGRESOS DEL ESTADO. - se clasifican en dos grandes rubros, a saber: ingresos tributarios e ingresos financieros.

Los primeros son aquellos que derivan de aportaciones económicas efectuadas por los ciudadanos en proporción a sus ingresos, utilidades o rendimientos, en acatamiento del principio jurídico-fiscal que los obliga a contribuir a sufragar los gastos públicos. En tanto que los segundos son los que provienen de todas las fuentes de financiamiento a las que el Estado recurra, en adición a las prestaciones tributarias recibidas de sus súbditos, para la integración del Presupuesto Nacional. (VISCAINO, 2003)

NOTIFICACIÓN. - Acto de dar a conocer a los interesados la resolución recaída en un trámite o en un asunto judicial. (CABANELLAS, Guillermo. 2007. Pág.270).

PECULADO.- Sustracción, apropiación o aplicación indebida de los fondos públicos por aquel a quien está confiada su custodia o administración. (Jose Luis Perez, 2008).

UNIDAD IV

4.1.- UNIDAD HIPOTÉTICA.

4.1.1.- Hipótesis.

¿El informe de indicios de responsabilidad penal de la Contraloría General del Estado produce efectos jurídicos en los procesos penales que por peculado se sustanciaron en la Unidad Judicial Penal con sede en el Cantón Riobamba durante el periodo 2013-2015?

4.2.- VARIABLES.

4.2.1.- Variable independiente.

El informe de indicios de responsabilidad penal de la Contraloría General del Estado.

4.2.2.- Variable dependiente.

Efectos jurídicos en los procesos penales por peculado.

4.3.- OPERACIONALIZACION DE LAS VARIABLES.

TABLA 1 OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

VARIABLE INDEPENDIENTE	CONCEPTO	CATEGORÍA	INDICADORES	TÉCNICA E INSTRUMENTOS
EL Informe de Indicios de Responsabilidad penal de la Contraloría General del Estado	Informe emitido por autoridad competente de la Contraloría General del Estado como resultado de auditoría interna o externa a una Institución Pública, del cual se desprenden indicios de responsabilidad penal, que posteriormente son remitidos a Fiscalía para que inicie el proceso penal respectivo e investigue un delito.	Informe de indicios de responsabilidad penal Contraloría General del Estado Auditoría Fiscalía	Documental Legal Institucional Interna Externa Auditores Fiscal	Encuesta Guía de encuestas

		Proceso Penal	Secretarios Investigación Acción u omisión Etapa pre procesal Etapa procesal penal	
		Delito	Civil Penal Administrativo Constitucional	
VARIABLE DEPENDIENTE	CONCEPTO	CATEGORÍA	INDICADORES	TÉCNICA E INSTRUMENTOS
Efectos jurídicos en los procesos penales por	Son los efectos determinados por la	Informe de indicios	Instituciones del Estado LOSEP	Encuesta Guía de encuestas

<p>peculado</p>	<p>aplicación de informes de indicios de responsabilidad penal y la investigación realizada por Fiscalía.</p>	<p>Investigación de Fiscalía</p>	<p>LOCGE</p> <p>Indagación previa</p> <p>pericias</p> <p>Investigación previa</p> <p>Instrucción fiscal</p> <p>Etapas de Juicio</p>	
------------------------	---	----------------------------------	---	--

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

3.1.- MÉTODO CIENTÍFICO.

Para la ejecución de la investigación se utilizará los métodos inductivo, descriptivo y analítico.

Inductivo. - Este método permitirá analizar y estudiar de forma completa al problema a investigarse de manera específica para llegar a establecer generalidades del mismo; es decir, en el proceso investigativo se realizará un análisis jurídico, legal y doctrinarios de tres casos particulares para llegar a determinar si existen efectos jurídicos en los procesos penales que por peculado se sustanciaron en la Unidad Judicial Penal con sede en el Cantón Riobamba, durante el periodo 2013-2015.

Descriptivo. - Con la aplicación de este método se podrá llegar a describir si el informe de indicios de responsabilidad penal de la Contraloría General del Estado ha acarreado efectos jurídicos negativos para los procesos penales entre las partes procesales, así como también con describir actuaciones de Fiscalía frente a dichos informes, las resoluciones de los Jueces.

3.1.1.- Tipo de investigación.

Para poder determinar de manera clara el tipo de investigación a realizarse es necesario observar y tener presente cuales son los objetivos a los que se busca llegar al fin de la misma; en este sentido la presente investigación es de tipo analítica - descriptiva.

Analítica. - Debido a que una vez analizada la información obtenida por la investigación, nos permitirá mediante el análisis del mismo, integrar la teoría con la práctica, entonces se analizará que efectos jurídicos conlleva los procesos penales por peculado y a las consecuencias que llevaron sus comportamientos jurídicos.

Es descriptiva. - Porque una vez que se analice la información seleccionada en la investigación documental y los resultados de la investigación de campo, se podrá describir empíricamente cuáles son los efectos jurídicos que el informe de indicios de responsabilidad penal de la Contraloría General del Estado genera en los procesos penales que por peculado se sustanciaron en la Unidad Judicial Penal con sede en el Cantón Riobamba, durante el periodo 2013-2015.

3.1.2.- Diseño de la investigación.

Por la naturaleza y las características la investigación es no experimental, porque en el proceso investigativo no existirá una manipulación intencional de las variables, es decir el problema a investigarse será estudiado del modo real en que se da en su contexto y entorno.

3.2.- POBLACIÓN Y MUESTRA.

3.2.1.- Población.

La población implicada en la presente investigación está constituida por las siguientes personas involucradas.

TABLA 2 Población implicada

POBLACION	NUMERO
Servidores judiciales	5
Abogados en libre ejercicio profesional	6
Jueces de la Unidad Judicial Penal con sede en el Cantón Riobamba	3
Servidores de la Contraloría General del Estado	6
Servidores de la Fiscalía Provincial de Chimborazo	10
TOTAL	30

Fuente: Encuesta a la población

Elaborado por: Priscila Chávez

3.2.2.- Muestra.

Contabilizada la población involucrada en este proceso investigativo, da un total de **treinta elementos** y por no ser el universo extenso, se decide trabajar con toda la población involucrada, razón por la cual no es necesario extraer una muestra.

3.3.- TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

Para alcanzar los objetivos propuestos en la investigación se utilizaron las siguientes técnicas:

3.3.1.- Técnicas.

Fichaje. - Con la aplicación de la ficha bibliográfica se logra tener un archivo de los libros, textos, normas, gacetas judiciales, juicios, etcétera..., que se vayan a utilizar en la ejecución de la investigación.

Encuesta. - Con la aplicación de esta técnica de cuestionario de encuesta, permitirá recabar información del problema a investigar en el lugar donde se va a ejecutar la misma y se aplicara de manera directa a toda la población involucrada en el presente trabajo investigativo.

3.3.2.- Instrumentos.

- Ficha Bibliográfica.
- Cuestionario.

3.4.- TÉCNICAS PARA EL PROCESAMIENTO E INTERPRETACIÓN DE DATOS.

En este punto para el procesamiento de datos, una vez realizada las encuestas a la población involucrada, se procederá a realizar tabulaciones para lo cual se utilizarán cuadros y gráficos estadísticos.

Por otro lado, la interpretación de los datos estadísticos se lo realizará a través de la discusión de los mismos, se lo hará en base al análisis y criterio del investigador.

3.5.- ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS.

3.5.1.- Análisis e interpretación de resultados de encuestas realizadas a la población determinada para la presente investigación.

1.- ¿Sabe usted qué es un informe de indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado?

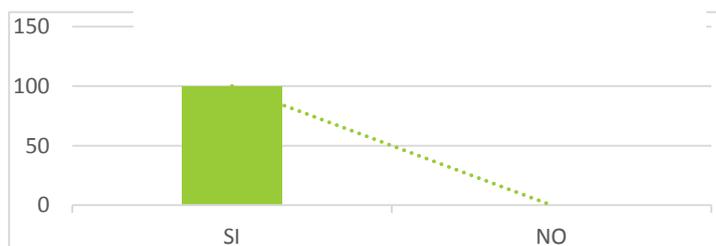
Tabla 1

ALTERNATIVA	FRECUENCIA
SI	30
NO	0
TOTAL	30

Fuente: Encuesta a la población

Elaborado por: Priscila Chávez

Ilustración 1



Fuente: Encuesta a la población

Elaborado por: Priscila Chávez

INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

De las 30 personas encuestadas, 30 que representan el 100% de la población respondieron que conocen lo que es un informe de indicios de responsabilidad penal, mientras ninguno es decir el 0% respondió que no conoce.

2.- ¿Conoce usted cuál es el procedimiento a seguir por parte de la Contraloría General del Estado en la elaboración de un informe de indicios de responsabilidad penal?

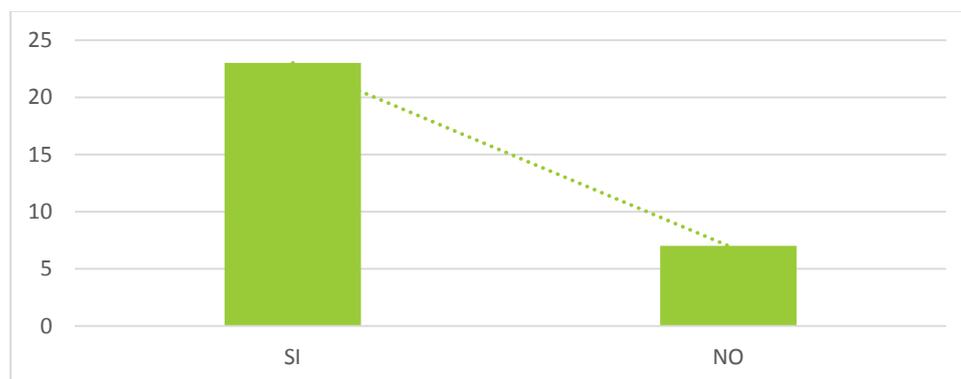
Tabla 3

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE %
SI	23	77%
NO	7	23%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta a la población

Elaborado por: Priscila Chávez

Ilustración 2



Fuente: Encuesta a la población

Elaborado por: Priscila Chávez

INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

De las 30 encuestas realizadas a la población determinada para esta investigación, 23 de los encuestados que representan el 77% indican que conocen cuál es el procedimiento a seguir por parte de la Contraloría General del Estado en la elaboración de un informe de indicios de responsabilidad penal, mientras que 7 encuestados que representan el 23% restante manifiesta que desconoce del tema.

3. ¿Considera usted que el informe de indicios de responsabilidad penal de la Contraloría General del Estado es requisito fundamental para el inicio de una investigación Fiscal en delitos de administración pública?

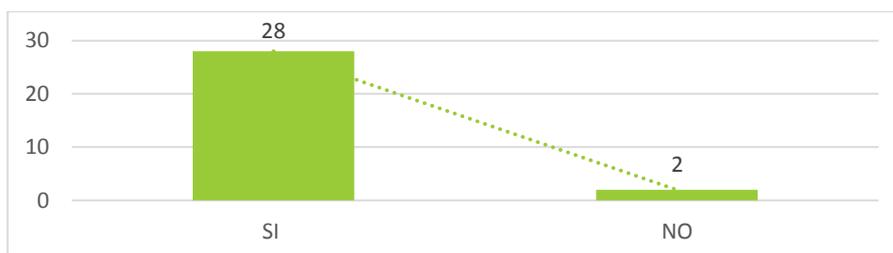
TABLA 3

	FRECUENCIA	PORCENTAJE %
SI	28	93%
NO	2	7%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta a la población

Elaborado por: Priscila Chávez

ILUSTRACIÓN 3



Fuente: Encuesta a la población

Elaborado por: Priscila Chávez

INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

De las 30 encuestas realizadas a la población determinada para ésta investigación, 28 personas que representan al 93% indicó que si considera que el informe de indicios de responsabilidad penal de la Contraloría General del Estado es requisito fundamental para el inicio de una investigación Fiscal en delitos de administración pública, mientras que 2 personas que representan al 7% respondieron que no lo consideran un requisito fundamental.

4. ¿Conoce usted cuáles son los delitos de administración pública en nuestro país?

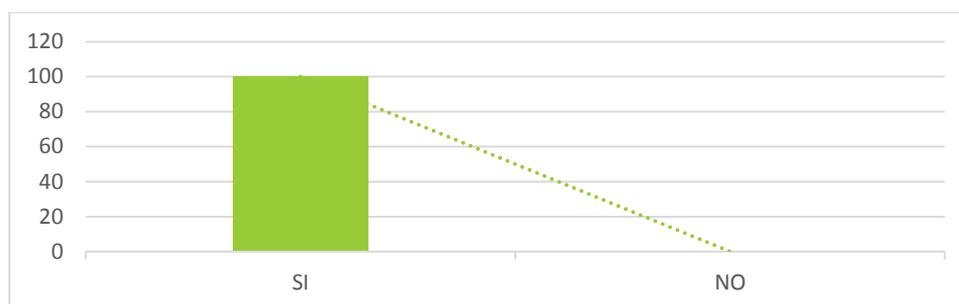
TABLA 4

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE %
SI	30	100%
NO	0	0%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta a la población

Elaborado por: Priscila Chávez

ILUSTRACIÓN 1



Fuente: Encuesta a la población

Elaborado por: Priscila Chávez

INTERPRETACIÓN DERESULTADOS:

De las 30 encuestas realizadas, 30 personas que representan el 100% de la población indicaron que si conocen cuáles son los delitos de administración pública en nuestro país, mientras que ninguna persona indicó que no conoce cuáles son los delitos de administración pública en nuestro país.

5.- ¿Sabe usted que es un delito de peculado?

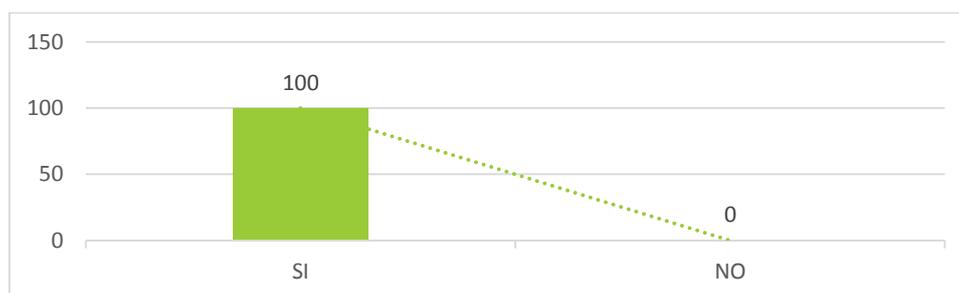
TABLA 5

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE %
SI	30	100%
NO	0	0%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta a la población

Elaborado por: Priscila Chávez

ILUSTRACIÓN 2



Fuente: Encuesta a la población

Elaborado por: Priscila Chávez

INTERPRETACIÓN DERESULTADOS:

De las 30 encuestas realizadas, 30 personas que representan el 100% de la población indicaron que si saben qué es un delito de peculado, mientras que ninguna persona indicó que no sabe qué es un delito de peculado.

6. ¿Considera usted que Fiscalía siendo el titular de la acción pública, en los delitos de peculado realiza una investigación a fondo en la etapa pre procesal y procesal que se desarrolla en la misma?

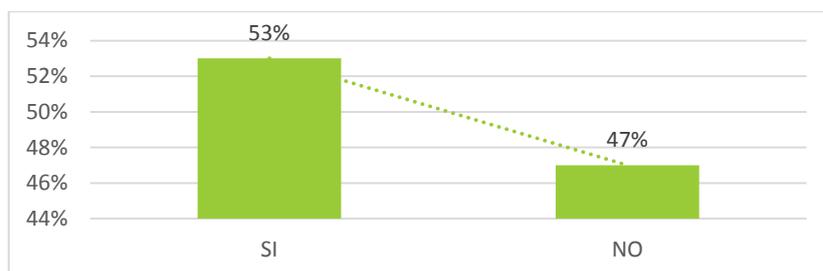
TABLA 6

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE %
SI	16	53%
NO	14	47%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta a la población

Elaborado por: Priscila Chávez

ILUSTRACIÓN 3



Fuente: Encuesta a la población

Elaborado por: Priscila Chávez

INTERPRETACIÓN DERESULTADOS:

De las 30 encuestas realizadas, 16 personas que representan el 53% de la población indicaron si consideran que Fiscalía siendo el titular de la acción pública, en los delitos de peculado realiza una investigación a fondo en la etapa pre procesal y procesal que se desarrolla en la misma, mientras que 14 personas que representan el 47% indicó que no consideran que Fiscalía siendo el titular de la acción pública, en los delitos de peculado realiza una investigación a fondo en la etapa pre procesal y procesal que se desarrolla en la misma.

7. ¿Considera usted que además del informe de indicios de responsabilidad penal que emite la Contraloría General del Estado, deben existir investigaciones adicionales por parte de Fiscalía para que de esta manera no se limite la investigación solo a los puntos establecidos en el informe?

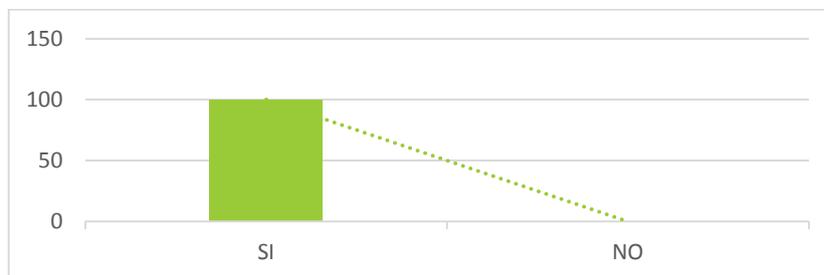
TABLA 7

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE %
SI	30	100%
NO	0	0%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta a la población

Elaborado por: Priscila Chávez

ILUSTRACIÓN 4



Fuente: Encuesta a la población

Elaborado por: Priscila Chávez

INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

De las 30 encuestas realizadas, 30 personas que corresponden al 100% de la población, si consideran que además del informe de indicios de responsabilidad penal que emite la Contraloría General del Estado, deben existir investigaciones adicionales por parte de Fiscalía para que de esta manera no se limite la investigación solo a los puntos establecidos en el informe, mientras ninguno es decir el 0% manifestó lo contrario.

8. ¿Cómo calificaría usted la actuación de Fiscalía en la investigación, frente a un proceso penal por el delito de peculado?

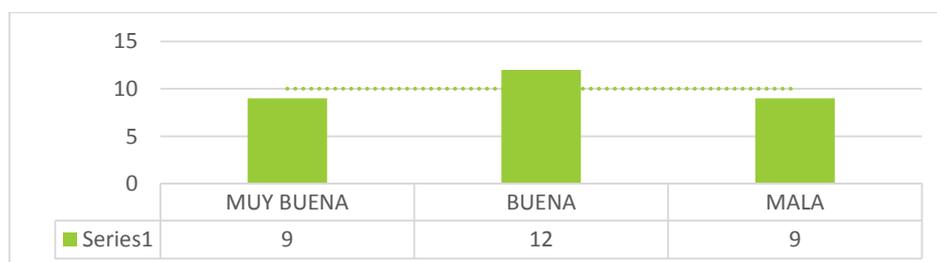
TABLA 8

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE %
MUY BUENA	9	30%
BUENA	12	40%
MALA	9	30%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta a la población

Elaborado por: Priscila Chávez

ILUSTRACIÓN 5



Fuente: Encuesta a la población

INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

De las 30 encuestas realizadas, 9 personas que corresponden al 30% de la población califican de muy buena la actuación de Fiscalía en la investigación, frente a un proceso penal por el delito de peculado; 12 personas que corresponden al 40% calificaron de buena la actuación de Fiscalía en la investigación, frente a un proceso penal por el delito de peculado; mientras que las 9 personas restantes y que representan al 30% de la población calificaron de mala la actuación de Fiscalía en la investigación, frente a un proceso penal por el delito de peculado.

9.- ¿Considera usted que Fiscalía se limita en su investigación al tener en sus manos el informe de indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado?

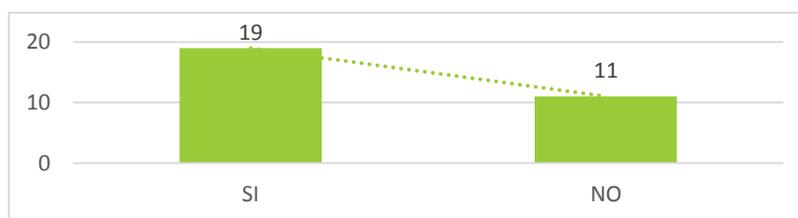
TABLA 9

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE %
SI	19	63%
NO	11	37%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta a la población

Elaborado por: Priscila Chávez

ILUSTRACIÓN 6



Fuente: Encuesta a la población

Elaborado por: Priscila Chávez

INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

De las 30 encuestas realizadas, 19 personas que corresponden al 63% de la población si consideran que Fiscalía se limita en su investigación al tener en sus manos el informe de indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado; mientras que 11 personas que corresponden al 37% de la población no considera que Fiscalía se limita en su investigación al tener en sus manos el informe de indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado.

10. ¿Considera usted que el informe de indicios de responsabilidad penal acarrea efectos jurídicos como por ejemplo el sobreseimiento de un procesado?

TABLA 10

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE %
SI	26	87%
NO	4	13%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta a la población

Elaborado por: Priscila Chávez

ILUSTRACIÓN 7



Fuente: Encuesta a la población

Elaborado por: Priscila Chávez

INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

De las 30 encuestas realizadas, 26 personas que corresponden al 87% de la población si consideran que el informe de indicios de responsabilidad penal acarrea efectos jurídicos como el sobreseimiento de un procesado; mientras que 4 personas que corresponden al 13% de la población no consideran que el informe de indicios de responsabilidad penal acarrea efectos jurídicos como el sobreseimiento de un procesado.

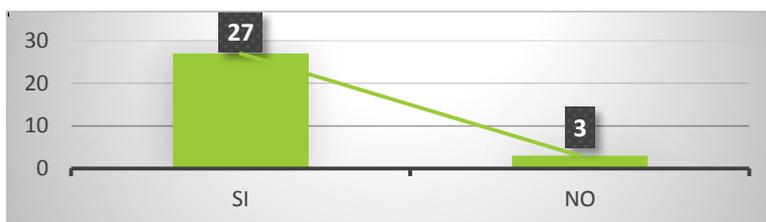
11. ¿Considera usted que en etapa de juicio, una vez judicializado el informe de indicios de responsabilidad penal debidamente elaborado por Contraloría y manejado de manera correcta por Fiscalía, se vuelve fundamental para la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales en cuanto a la ratificación de inocencia o condena de los procesados?

TABLA 11

ALTERNATIVA	FRECUENCIA	PORCENTAJE %
SI	27	90%
NO	3	10%
TOTAL	30	100%

Fuente: Encuesta a la población

ILUSTRACIÓN 8



Fuente: Encuesta a la población

INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS:

De las 30 encuestas realizadas, 27 personas que corresponden al 90% de la población si consideran que en etapa de juicio, una vez judicializado el informe de indicios de responsabilidad penal debidamente elaborado por Contraloría y manejado de manera correcta por Fiscalía, se vuelve fundamental para la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales en cuanto a la ratificación de inocencia o condena de los procesados; mientras que 3 personas que corresponden al 10% de la población considera lo contrario.

3.6.- COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS.

¿El informe de indicios de responsabilidad penal de la Contraloría General del Estado produce efectos jurídicos en los procesos penales que por peculado se sustanciaron en la Unidad Judicial Penal con sede en el Cantón Riobamba durante el periodo 2013-2015?

Para comprobar la hipótesis de la presente investigación, procedí a utilizar instrumentos de recolección de datos: entre ellos Observación y encuestas a funcionarios judiciales, abogados en libre ejercicio, jueces de la Unidad Judicial Penal, funcionarios de la Fiscalía Provincial de Chimborazo; y funcionarios de la Contraloría General del Estado.

El informe de indicios de responsabilidad penal produce efectos jurídicos en los procesos de peculado sustanciados en la Unidad Judicial Penal, debido a que desde el momento en que es emitido por la Contraloría y utilizado por Fiscalía se vuelve un precepto de procedibilidad para un juicio penal, y al momento de su aplicación en la etapa de indagación previa (pre procesal) y en la etapa de instrucción fiscal (procesal) de la investigación el uso que se le dé al mismo es lo que conlleva al resultado final del proceso por medio de una sentencia, sea ésta absolutoria o condenatoria de los procesados, con lo que se demuestra la hipótesis de esta investigación.

CAPÍTULO IV

4.3.- CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

4.3.1.- Conclusiones

- De la investigación realizada se puede determinar que la Contraloría General del Estado a través de sus departamentos realiza las auditorías o exámenes especiales a las instituciones del Estado, de donde en varios casos se presentan informes con indicios de responsabilidad penal en contra de los servidores públicos auditados, que estos informes deben ser realizados bajo el debido proceso y cumpliendo todos los requisitos que la ley dispone, deben ser bien motivados y con toda la documentación que sustente el referido informe, para que los mismos al ser presentados a la justicia puedan aportar para la tramitación de la causa que por peculado se siga en contra del servidor público encausado.
- Una vez realizada la investigación de los casos que se han iniciado por informes con indicios de responsabilidad penal en los años 2013 al 2015 en la Unidad Judicial Penal de Riobamba, emitidos por la Contraloría podemos observar que Fiscalía no cumple a cabalidad con lo dispuesto tanto en la Constitución como en las diversas leyes establecidas en nuestro país, ya que se limita a realizar la investigación básica dentro de su investigación pre procesal y procesal penal.
- De los cinco informes con indicios de responsabilidad penal remitidos por la Contraloría solo uno ha alcanzado a casación, los otros cuatro se encuentran en etapa de investigación previa por cuanto los señores fiscales pese al tiempo transcurrido no han podido aún reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo que le permita decidir si formula o no la imputación permitiendo de esta forma que los casos queden en la impunidad.

- El informe de indicios de responsabilidad penal que se sustenta en el peculado en contra de un servidor público y un particular, luego de ser tramitado ante la justicia, trae consigo una sentencia condenatoria en contra de los procesados, permitiendo de esta forma que el daño ocasionado al Estado sea resarcido y que el delito no quede en la impunidad. Por lo tanto los efectos jurídicos producidos en virtud del informe que contiene indicios de responsabilidad penal además de originar la acción penal correspondiente, da lugar a la indemnización del perjuicio económico causado y sienta el precedente que determina la sentencia en contra de los procesados que evitan que otros funcionarios públicos cometan el mismo delito.
- Los informes de indicios de responsabilidad penal de la Contraloría General del Estado, no deben ser limitantes para una investigación penal, sino por el contrario, la Fiscalía General del Estado en uso de sus atribuciones y competencias constitucionales también debe investigar de oficio y de manera perseverante los delitos en contra de la Administración Pública.

4.3.2.- RECOMENDACIONES.

- La Contraloría General del Estado por medio de la Unidad de Auditoría debe realizar un estudio profundo y concientizado, a todas las instituciones del país que manejan dinero; el informe que emite debe ser un fiel reflejo del trabajo realizado, por lo que esta entidad debe capacitar cada seis meses a su personal para que obtengan un conocimiento de todas las leyes, sus reformas y de esta manera cumplan de una forma adecuada con la finalidad de auditar los bienes del Estado.
- Además la Contraloría General del Estado luego de remitir a la Fiscalía los informes con indicios de responsabilidad debería ser parte procesal para poder apoyar a la Fiscalía en su papel investigador y obtener sentencias condenatorias en contra de los malos funcionarios públicos que han menoscabado el patrimonio del Estado.
- Fiscalía debe realizar investigaciones que ayuden a obtener la realidad de los hechos que permitan a los juzgadores emitir sentencias condenatorias en contra de los malos servidores públicos que no han cumplido con lo mandado por la Constitución y las leyes de nuestro país. No debe limitarse en su investigación a eventos y circunstancias relatadas en el informe con indicios de responsabilidad penal, emitido por la Contraloría, ya que de esa forma ayuda a la impunidad de los delitos.
- Reforma al último inciso del Art. 581 del Código Orgánico Integral Penal, para que no se requiera únicamente del informe de indicios de responsabilidad penal para perseguir un delito de Administración pública, sino que la Fiscalía pueda seguir de oficio en cuanto llegue a su conocimiento la presunción de un delito cometido por servidores de la Administración pública, es decir que si Fiscalía no investiga un delito por falta de interés, presumiendo que lo conoció, exista una sanción administrativa sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que este comportamiento acarree.

- Que la entidad de Participación y Control social, se interese en que la ciudadanía sienta precedentes y denuncias en cuanto conozcan actos de corrupción para que delitos de Administración pública como el peculado no queden en la impunidad y tampoco que aquellos responsables se encuentren libres disfrutando del patrimonio del Estado, esto se lo podría lograr por medio de campañas de concientización y publicidad en las cuales se haga conocer a los ciudadanos de su derecho y potestad de denunciar.

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía

- Apesteguía, C. (2000). Sumarios Administrativos. Buenos Aires: La Roca.
- Asúa, L. J. (2011). LA Teoría del delito. Quito.
- Cabanellas, G. (2004). Administración pública. En G. Cabanellas, Diccionario jurídico elemental.
- Carrara, F. (1974). Programa de Derecho Criminal. Bogotá: Temis.
- Carrión, L. C. (2006). Etimología del peculado. En L. C. Carrión, El peculado (pág. 53). Quito: Ecuador.
- Carrión, L. C. (2006). Historia . En L. C. Carrión, El peculado (pág. 54 a 57). Quito : Ediciones cueva carrión.
- Carrión, L. C. (2006). Historia Universal del Peculado. En L. C. Carrión, El Peculado (pág. 54). Quito : Ecuador.
- Carrión, L. C. (2008). Valoración jurídica de la prueba penal, Tomo I. Quito: Ediciones Cueva Carrión.
- Castellanos, F. (2009). Teoría clasica del delito. Buenos Aires.
- Creus, C. (1981). Administración Pública. En C. Creus, Delitos contra la administración pública. Buenos Aires: Astera.
- Donna, E. A. (2002). Administración Pública. En E. A. DONNA, Derecho Penal. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Dromi, R. (2009). Derecho Administrativo (12° ed.). (R. Peña, Ed.) Argentina, Buenos Aires, Argentina: Hispania Libros.
- Fenech, M. (2001). El Ministerio Público. En M. Fenech, El proceso penal (pág. 53). Buenos Aires: artes gráficas y ediciones S.A.
- Guzman, A. (1977). Administración pública. En G. Aníbal, Diccionario explicativo de derecho penal. Quito
- Jácome, D. N. (2007). La responsabilidad administrativa, civil y penal de los servidores públicos. Quito: NINA.

Juventino, C. (2000). El Ministerio Público. Porrúal.

Luis, J. D. (2011). La teoría Jurídica del delito. Quito.

Meigs, W. B. (2000). Control Interno. En W. B. Meigs, Principios de Auditoría (pág. 105). México.

Manual de auditoría Gubernamental. (2002). Manual de auditoría Gubernamental. Quito, Pichincha, Ecuador: Taller de la Corporacion de estudios y publicaciones.

Ordóñez, D. H. (1999). La responsabilidad. En D. H. Ordoñez, La Actividad de derecho Administrativo (pág. notas del autor). Loja: Nina.

Osorio, M. (2006). Peculado. En M. Osorio, Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Guatemala: Datascan S.A.

Pólit, C. (2011). Auditoría Gubernamental. En C. Pólit, Procedimientos de la Contraloría General del Estado. Quito.

Sánchez, A. (07 de octubre de 2005). gestiopolis. Obtenido de gestiopolis

PAGINAS WEB

documentacion.asambleanacional.gob.ec/.../Ley%20reformato.r%20al%...

doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/.../0611-12-cn-sen-mrvc.pdf?

www.cortenacional.gob.ec/...penal/.../R857-2013-J594-2011-PECULADO

ANEXOS

ANEXO 1

ENCUESTA



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

Encuestas dirigidas a servidores judiciales, Jueces de la Unidad Judicial Penal, Fiscales de la Provincia de Chimborazo y a Funcionarios-Audidores de la Contraloría General del Estado.

INDICACIONES.- Ponemos a su consideración el siguiente cuestionario; sírvase colocar un visto en la opción por Usted escogida y de ser solicitada argumentarla.

1.- ¿Conoce usted qué es un informe de indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado?

SI () NO ()

¿Por qué?: _____

2.- ¿Conoce usted cuál es el procedimiento a seguir por parte de la Contraloría General del Estado en la elaboración de un informe de indicios de responsabilidad penal?

SI () NO ()

Explique: _____

3. ¿Considera usted que el informe de indicios de responsabilidad penal de la Contraloría General del Estado es requisito fundamental para el inicio de una investigación Fiscal en delitos de administración pública?

SI () NO ()

¿Por qué?: _____

4. ¿Conoce usted cuáles son los delitos de administración pública en nuestro país?

SI () NO ()

5.- ¿Sabe usted que es un delito de peculado?

Abogado () SI () NO ()

Argumente: _____

. ¿Considera usted que Fiscalía siendo el titular de la acción pública, en los delitos de peculado realiza una investigación a fondo en la etapa pre procesal y procesal que se desarrolla en la misma?

SI () NO ()

Explique: _____

7. ¿Considera usted que además del informe de indicios de responsabilidad penal que emite la Contraloría General del Estado, deben existir investigaciones adicionales por parte de Fiscalía para que de esta manera no se limite la investigación solo a los puntos establecidos en el informe?

SI () NO ()

Explique: _____

8. ¿Cómo calificaría usted la actuación de Fiscalía en la investigación, frente a un proceso penal por el delito de peculado?

Buena ()

Mala ()

Regular ()

9.- ¿Considera usted que Fiscalía se limita en su investigación al tener en sus manos el informe de indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado?

SI () NO ()

Explique: _____

10. ¿Considera usted que el informe de indicios de responsabilidad penal acarrea efectos jurídicos como por ejemplo el sobreseimiento de un procesado?

SI () NO ()

Explique: _____

11. ¿Considera usted que en etapa de juicio, una vez judicializado el informe de indicios de responsabilidad penal debidamente elaborado por Contraloría y manejado de manera correcta por Fiscalía, se vuelve fundamental para la sentencia dictada por el Tribunal de Garantías Penales en cuanto a la ratificación de inocencia o condena de los procesados?

SI () NO ()

Explique: _____

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

ANEXO 2

RESOLUCIÓN DE

LA CORTE

NACIONAL DE

JUSTICIA

INFORME PREVIO DE CONTRALORÍA EN LOS PROCESOS PENALES POR PECULADO

Resolución de 24 de febrero del 2010

Registro oficial No. 154, de 19-mar-2010

LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

CONSIDERANDO

Que el Doctor Eduardo Muñoz Vega, Contralor General del Estado (e), mediante oficio Nro. 24237 de 28 de diciembre del 2009, reitera la consulta anterior formulada por el doctor Carlos Pólit Faggioni, Contralor General del Estado, en el sentido de que la Corte Nacional de Justicia, en uso de sus facultades, determine “si es requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, la declaratoria de la Contraloría General del Estado en cuanto a la existencia de indicios de responsabilidad penal por faltante en los fondos públicos, contra el funcionario encargado de éstos”; consulta que, para poder evacuarla, por unanimidad la hizo suya el Pleno de la Corte Nacional de Justicia de conformidad con el inciso final del artículo 2 de la Resolución generalmente obligatoria expedida por este Tribunal el 20 de mayo de 2009, publicada en el Registro Oficial 614 de 17 de junio de 2009.

Que el artículo 212, numeral 2 de la Constitución de la República, establece que serán funciones de la Contraloría General del Estado: “Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado”.

Que el artículo 39 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado prescribe: “A base de los resultados de la auditoría gubernamental, contenidas en actas o informes, la Contraloría General del Estado, tendrá potestad exclusiva para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal”, normativa que relacionada con los artículos 65, 66 y 67 de la misma ley, dispone que el Contralor o sus delegados, luego de aprobar el informe “... lo remitirán al Ministerio Público (hoy Fiscalía General del Estado), con la evidencia acumulada, el

cual ejercerá la acción penal correspondiente de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimiento Penal (hoy COIP)...”;

Que, de las normas constitucionales y legales antes mencionadas, se establece con absoluta claridad que, en relación a los resultados de la auditoría gubernamental, la Contraloría General del Estado, tiene potestad exclusiva, para entre otras, determinar indicios de responsabilidad penal, en base de las cuales, a la Fiscalía General del Estado le corresponde ejercer la acción penal correspondiente:

Que la sustanciación de los procesos de peculado y enriquecimiento ilícito sin que previamente se hayan incorporado los informes de indicios de responsabilidad penal, emitidos por la Contraloría General del Estado, ha contribuido a la inseguridad jurídica, así como a la impunidad de los procesados por estos delitos:

En uso de sus atribuciones, previstas en el artículo 15 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, en concordancia con el artículo 180, numeral 6 del Código Orgánico de la Función Judicial.

RESUELVE

Art. 1.- Para el ejercicio de la acción penal pública, esto es, para el inicio de la Instrucción fiscal, por los hechos a los que se refiere el artículo 257 del Código Penal, los artículos enumerados agregados a continuación de éste, y los artículos enumerados agregados a continuación del artículo 296 del mismo Código, Capítulo “Del Enriquecimiento Ilícito” incorporado por el artículo 2 de la Ley Nro. 6, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 260 de 29 de agosto de 1985, se requiere el informe previo de la Contraloría General del Estado, en el que se determine indicios de responsabilidad penal. Art 2.- Para el inicio de la indagación previa, no se requiere el informe expresado en el artículo anterior, pero el fiscal interviniente, tan pronto llegue a su conocimiento, por cualquier medio, hechos presumiblemente constitutivos de peculado y enriquecimiento ilícito debe solicitar a la Contraloría General del Estado, la

práctica de auditoría gubernamental sobre tales hechos, así como la remisión del informe respectivo que, de establecer indicios de responsabilidad penal, ha lugar al inicio de la instrucción fiscal. Art 3.- Las normas previstas en esta resolución, regirán para lo futuro y por tanto se aplicarán únicamente para las causas que se iniciaren a partir de su promulgación.

Esta resolución entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.....”