

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho

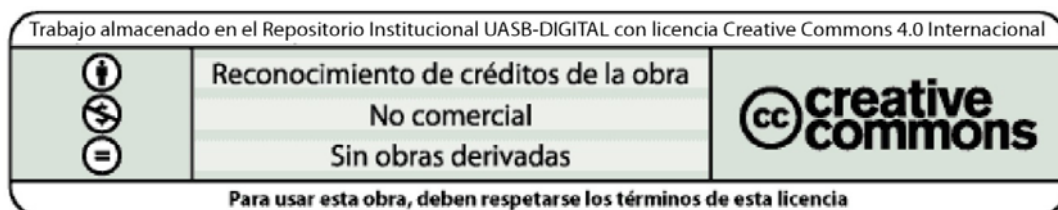
Mención en Derecho Administrativo

**El control gubernamental frente a la titularidad del ejercicio público
de la acción penal**

Ruth Cecilia Amoroso Palacios

Tutor: Juan Francisco Díaz

Quito, 2018



Cláusula de cesión de derechos de publicación de tesis

Yo, Ruth Cecilia Amoroso Palacios, autora de la tesis intitulada *El Control Gubernamental frente a la titularidad del Ejercicio Público de la Acción Penal*, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previstos para la obtención del título de Magister en Derecho Mención Derecho Administrativo, en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de producción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico, Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, en usos en la red local y en internet,
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda la responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: 03 de Enero de 2018.

Firma:

Resumen

Con fecha 19 de marzo de 2010, se publicó en el Registro Oficial N° 154 una resolución adoptada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, de manera unánime, en la que se establece que para el ejercicio de la acción penal pública -que constitucional y legalmente le corresponde a la Fiscalía General del Estado, es decir, para la formulación de cargos en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito- se requiere informe previo de la Contraloría General del Estado en el que se determinen indicios de responsabilidad penal. Este informe, que debe ser realizado por el organismo técnico de control, se constituye en un requisito de procedibilidad para el inicio de la instrucción fiscal, mas no para el inicio de la indagación previa. Sin embargo, tal como lo establece el artículo 2 de la citada resolución, el fiscal interviniente tan pronto tenga conocimiento por cualquier medio de hechos presumiblemente constitutivos de delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, por lo cual debe solicitar a la Contraloría General del Estado la práctica de la auditoría gubernamental sobre tales hechos, así como la remisión del informe respectivo que, de establecerse indicios de responsabilidad penal, dará lugar al inicio de la instrucción fiscal.

Bajo estas premisas surge la justificación de este estudio, razón por la que nos centramos en la determinación y argumentación de la normativa en torno al control gubernamental, frente a la titularidad del ejercicio público de la acción penal.

En este orden de ideas, en el primer capítulo abordamos las competencias de la Contraloría General del Estado como ente de control, y sus facultades en relación a la determinación de indicios en la responsabilidad penal. En el segundo capítulo, establecemos las competencias de la Fiscalía General del Estado como el titular del ejercicio de la acción pública. Se destaca como parte muy importante de este capítulo el análisis de la citada resolución de la Corte Nacional de Justicia, publicada en el Registro Oficial No. 154, y su incidencia en la argumentación del estudio, en relación a la contradicción normativa de las facultades de ambas instituciones, haciendo énfasis en el delito de peculado. El tercer capítulo, finalmente, se concentra en el análisis del caso Mochila Escolar, donde se establece cuál fue el papel de la Contraloría General del Estado en el proceso penal. Con esta investigación se proponen alternativas para armonizar la normativa legal.

Dedicatoria

Dedico este trabajo académico a mis amados padres Remigio y Anita, ejemplo de esfuerzo, dedicación, honradez y transparencia; a mis hermanos, sobrinos Anita, Remigio, Diego, Manuel, Bolivar por el apoyo y el amor diario, finalmente a Omar mi fortaleza.

Agradecimiento

Mi eterno agradecimiento a quienes conforman el talento humano de la Universidad Andina Simón Bolívar, apoyo indispensable en este camino.

A mis queridos maestros: Dr. Juan Francisco Días, por compartir sus conocimientos, además de su disposición y guía permanente en la elaboración de este documento; Dra. Eddy de la Guerra, por la necesaria coordinación y apoyo académico.

Una mención especial a mis compañeros maestrantes, profesionales y amigos ejemplares.

Tabla de Contenidos

Capítulo primero.....	10
La Contraloría General del Estado	10
1.1. Breve reseña histórica.....	10
1.2. El control gubernamental	16
1.2 Fundamentos, componentes y objeto del sistema de control.....	18
1.3. La auditoría como herramienta de control gubernamental.....	23
1.4. La Determinación de Responsabilidades por parte de la Contraloría General del Estado	27
Capítulo segundo.....	42
El rol de la Fiscalía General del Estado, facultades constitucionales y legales.....	42
2.1. La acción penal pública	46
2.2. Definiciones de la acción penal pública.....	49
2.3. El delito de peculado en el Ecuador	54
2.4 El informe con indicios de responsabilidad penal como limitante del ejercicio público de la acción penal	74
Capítulo Tercero	80
Análisis Jurídico del Proceso Penal No 16-97, conocido como “Mochila Escolar”	80
3.1 Antecedentes del caso “Mochila escolar”	81
3.2. Decreto Ejecutivo, el contrato e informes previos para la suscripción de Procuraduría y Contraloría - Suscripción –Ejecución Art. 65 Ley de Contratación	84
3.3 Análisis del Primer Informe de la Contraloría.....	88
3.4. Inicio proceso penal.....	94
3.5. Auto cabeza de proceso	97
3.6. Auto de llamamiento a juicio plenario	98
3.7 Sentencia.....	103
Conclusiones y recomendaciones.....	111
Bibliografía	114

Introducción

La coyuntura que vive el país, en relación a la falta de respuesta inmediata de la Fiscalía General del Estado para formular cargos e incoar un proceso penal en contra de los presuntos responsables de los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, responde a que, desde el año 2010 el Pleno de la Corte Nacional de Justicia emitió una resolución. Este criterio que también fue incorporado en el Código Orgánico Integral Penal del año 2014, en cuyo artículo 581, se establece que constituye un presupuesto de procedibilidad el informe previo con indicios de responsabilidad penal, emitido por la Contraloría General del Estado- Ello impide el ejercicio inmediato de la acción penal pública por parte de la Fiscalía General del Estado.

En este sentido, se consideró pertinente abordar el tema de investigación a partir de la valoración de fundamentos doctrinarios para establecer un marco conceptual sobre el control gubernamental frente a la titularidad del ejercicio público de la acción penal. El desarrollo de esta investigación se fundamenta en las competencias y facultades constitucionales de la Contraloría General del Estado, para establecer responsabilidades civiles, administrativas e indicios de responsabilidad penal, y las de la Fiscalía General del Estado como titular del ejercicio de la acción pública.

Hernán Jaramillo Ordoñez, en su obra *Manual de Derecho Administrativo*, establece que el control es un sistema de derecho público, que consiste en observar, inspeccionar y verificar si los recursos humanos, materiales financieros y tecnológicos han sido utilizados correctamente en la ejecución de un plan de manera que puedan compararse continuamente los resultados obtenidos con los programados y tomar medidas conducentes para asegurar la realización de sus objetivos.¹

La existencia del Estado trae consigo de forma implícita las nociones de control y responsabilidad, de conformidad al artículo 212 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador,² que establece como función de la Contraloría General del Estado, la determinación de responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, en concordancia con los artículos 31 numeral 34, 39 y

¹ Hernán Jaramillo, *Manual de Derecho Administrativo*, (Loja: UTPL, 2005), 167.

² Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art 212 numeral 2.

53, literal b, 55 de la ley y el reglamento de la Contraloría General del Estado respectivamente.

En este contexto, la norma constitucional establece que ningún funcionario público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos, lo que coincide con conceptos doctrinarios como el de Enrique Sayagués Laso, quien determina que los funcionarios que no cumplen debidamente sus obligaciones incurren en responsabilidad.³ Dicha responsabilidad puede ser de distinta naturaleza: disciplinaria, penal, patrimonial y política. Prevé también la norma constitucional que en el ejercicio de la acción penal en la prosecución de delitos contra la Administración Pública como el peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito sean imprescriptibles y que los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas.

Eduardo J. Couture, al definir la acción, no hace diferencia entre la acción civil y la penal, y es así que dice: “la acción es, en nuestro concepto, el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamar la solución de un conflicto de interés”.⁴

Corresponde conceptualizar la acción penal como el poder jurídico mediante cuyo ejercicio, a través de la puesta en conocimiento al órgano jurisdiccional de una noticia criminal, se solicita la apertura o la aprobación formal del proceso penal, haciendo surgir en aquel la obligación de pronunciarse sobre la misma mediante resolución motivada.

En este contexto, en el caso de los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, para el ejercicio de la acción penal pública -es decir, formular cargos en contra de una determinada persona o personas- es necesario contar previamente con el informe emitido por la Contraloría General del Estado que determine indicios de responsabilidad penal, pues el Código Orgánico Integral Penal establece aquel documento como requisito de procedibilidad para realizar una imputación por los delitos señalados ut supra, violentándose de esta manera el principio de Supremacía Constitucional, pues se

³ Enrique Sayagués Laso, *Tratado de derecho administrativo*, Tomo I, 8ª Edición (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2002), 322.

⁴ Citado por Jorge Zavala Baquerizo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo II, (Guayaquil: Edino, 2004), 9-10.

desconoce que la norma del artículo 212⁵ de la Constitución prevalece sobre cualquier otra prevista en la Ley Orgánico de la Contraloría General del Estado, en el caso de que exista contradicción entre ellas.

⁵ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art.212.

Capítulo primero

La Contraloría General del Estado

1.1. Breve reseña histórica

La génesis institucional de la Contraloría General de la Nación data del gobierno del Dr. Isidro Ayora en 1927, año en que entra en vigencia la Ley Orgánica de Hacienda Pública dentro del Registro Oficial No. 448 de 16 de noviembre. Fue producto del asesoramiento de reorganización de finanzas públicas de la misión norteamericana Kemmerer.⁶ En principio, la administración fiscal estuvo a cargo de Contadurías, las cuales precedieron directamente a los Tribunales de Cuentas. Como resultado del asesoramiento, la Ley Orgánica de Hacienda de 1927 crea la Contraloría General, asumiendo el papel que hasta entonces efectuaban los Tribunales de Cuentas.

En un primer momento, la Contraloría General es creada con el fin de realizar el control fiscal, compilar cuentas y constituir la oficina central de la contabilidad del Estado. La Ley Orgánica de Hacienda Pública califica a esta institución como ‘Oficina de Contabilidad e intervención Fiscal’, otorgándole la calidad de ‘independiente de cualquier Ministerio, departamento u oficina del Poder Ejecutivo’.⁷

Luego de un corto período, en 1928 se expide otra Ley Orgánica de Hacienda que, sin contener modificaciones significativas, ratifica las competencias otorgadas a la Contraloría. Dicha Ley sufrió varios cambios, los cuales fueron objeto de codificaciones en 1947, 1948 y 1960, siendo esta última la de mayor trascendencia por establecer un sistema de control moderno para la Contraloría General. A pesar de las modificaciones, la Contraloría General mantuvo su condición de independencia respecto a las demás funciones. Las Constituciones de 1945, 1946 y 1967 conceptúan a dicha institución de control como “autónoma en sus funciones administrativas” (Arts. 138, 154 y 226, respectivamente).⁸

Más adelante, en 1977 se deroga la Ley Orgánica de Hacienda mediante la expedición de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control (LOAFYC) por

⁶ Ecuador, Contraloría General del Estado, *Historia*, <http://www.contraloria.gob.ec/LaInstitucion/Historia/HistoriaCGE>, accedido el 17 de julio de 2017.

⁷ Efraín Pérez, *Derecho Administrativo Tomo I*, 4a ed. (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 51.

⁸ *Ibíd.*, 51-52.

el Consejo Supremo de Gobierno. Dicha Ley contenía las normas que regían su funcionamiento y estructura. En el título VIII sección titulada Órgano Superior de Control, artículos 301, 302 y 303, determinó las competencias, independencia, autonomía, funciones y facultades de la Contraloría General,⁹ instaurando un sistema más avanzado de control de los recursos estatales.

En la Constitución de 1979, en referencia a los Organismos de Control y específicamente en relación a la Contraloría General del Estado en su artículo 113 se contemplaba a esta institución como un organismo autónomo y técnico, encargado del control de recursos públicos, bienes del Sector Público, extendiendo ya dentro del articulado por parte de la Contraloría a las entidades de derecho privado que reciben subvenciones estatales.¹⁰

En 1998, con la promulgación de la Constitución se estableció en el art. 211 que la Contraloría General del Estado “es el organismo técnico superior de control, con autonomía administrativa, presupuestaria y financiera”. Dicho cuerpo legal le otorga la facultad “para controlar ingresos, gastos, inversión, utilización de recursos, administración y custodia de bienes públicos”, además de efectuar auditorías de gestión a entidades del sector público y sus servidores, extendiendo su atribución también a organismo del sector privado únicamente respecto a recursos públicos que dispongan.¹¹

Es en dicha Carta Fundamental donde se establece, en el artículo 212, como potestad exclusiva de la Contraloría General del Estado dictaminar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, y hará el seguimiento permanente y oportuno para asegurar el cumplimiento de sus disposiciones y controles, determinando en el segundo inciso de este artículo que los funcionarios que en ejercicio indebido de las facultades de control, causen daños y perjuicios al interés público o a terceros, serán civil y penalmente responsables.¹²

En el Registro Oficial Suplemento No. 595, de 12 de junio de 2002, se publica por primera vez la Ley Orgánica de la Contraloría General Estado, con la finalidad de “establecer y mantener, bajo la dirección de la Contraloría General del Estado, el

⁹ Ecuador, *Ley Orgánica de Administración Financiera y Control*, Registro Oficial 337, 16 de mayo de 1977.

¹⁰ Congreso de la República, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 800, 27 de marzo de 1979, art. 113.

¹¹ Congreso de la República, *Constitución Política de la República del Ecuador*, Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998, art. 211.

¹² *Ibíd.*, art. 212.

sistema de control, fiscalización y auditoría del Estado, y regular su funcionamiento”.¹³
El 7 de julio del 2003 se expide el correspondiente reglamento de la mencionada ley.

Actualmente, la Constitución del 2008 define a la Contraloría General como un organismo técnico de control sobre todos aquellos recursos de carácter público, encargado de determinar tanto responsabilidades administrativas, civiles culposas como indicios de responsabilidad penal en caso de una transgresión de servidores públicos.

1.1.1. Naturaleza Jurídica, Atribuciones Constitucionales, legales y reglamentarias

La Constitución del 2008 se caracterizó por implantar varias innovaciones institucionales que buscaban erradicar la corrupción y gobernabilidad del país. Entre estas se encontraba la instauración de dos nuevas funciones. La Función de Transparencia y Control Social fue una de ellas, conformada por el Concejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Defensoría del Pueblo y la Contraloría General del Estado.

La Constitución de la República del Ecuador determina la naturaleza jurídica de la Contraloría General del Estado, conceptualizando a esta institución como “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”.¹⁴

La Contraloría, entonces, es un órgano de control superior encargado de salvaguardar el manejo de los recursos públicos incluyendo el cumplimiento de normas jurídicas por funcionarios del Estado.

El artículo 212 de la misma norma establece de manera taxativa las funciones de la Contraloría General. Además de facilitar el asesoramiento a órganos estatales y facultades normativas dentro del ámbito de su función, este organismo de seguimiento se encuentra principalmente encargado de “dirigir el sistema de control administrativo que se compone de auditoría interna, auditoría externa y del control interno de las entidades del sector público y de las entidades privadas que dispongan de recursos públicos”.¹⁵

¹³ Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, Registro Oficial, Suplemento 595, 12 de junio de 2002, art 1. En adelante se cita esta ley como LOCGE.

¹⁴ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 211.

¹⁵ *Ibíd.*, art. 212.

Conjuntamente puede determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal dentro de los temas y aspectos que se encuentran bajo su control sin el menoscabo de las funciones conferidas a la Fiscalía General del Estado.

Este órgano de control tiene como atribución examinar y verificar las declaraciones patrimoniales que los servidores públicos deben presentar al iniciar y terminar su período de funciones, para determinar o no la existencia de enriquecimiento ilícito.¹⁶ Asimismo, interviene en situaciones de corrupción, como de nepotismo al establecer responsabilidades de tipo civil o administrativo, e indicios de responsabilidad penal, e incluso efectuar las acciones legales para recuperación del pago indebido.

El Contralor es la máxima autoridad encargada del control gubernamental y auditoría de la gestión pública. La designación del Contralor General de la República, de conformidad con el artículo 208 numeral 11 de la Constitución, le corresponde al Concejo de Participación Ciudadana y Control Social. Para dicho efecto el Concejo organiza comisiones ciudadanas de selección, encargadas de llevar a cabo el concurso de méritos y oposición, garantizando condiciones de equidad y paridad entre mujeres y hombres e igualdad de condiciones para las ecuatorianas y ecuatorianos en el exterior. Este escenario contrasta con la designación del Contralor General en el marco de la Constitución de 1998, donde era el Presidente de la República quien poseía dicha facultad de una terna propuesta por el Congreso Nacional.

En concordancia con lo establecido en la Constitución de Montecristi, los correspondientes cuerpos legales y reglamentarios confieren varias funciones y atribuciones a la entidad de control. La Ley de la Contraloría General del Estado (en adelante LOCGE), en su artículo 31 le otorga 38 funciones. Entre ellas, dicha ley dispone que la Contraloría se encuentre facultada a efectuar auditorías externas por sí o por medio de compañías privadas de auditoría a toda entidad, compañía mercantil, corporación, etc., donde sus recursos se conformen por fondos públicos o se encuentren adscritas a una institución del Estado. Además, llevar un seguimiento de los ingresos públicos, obras públicas, gastos, inversiones, administración, utilización de rentas, bienes o cualquier otra subvención estatal y se manifiesta respecto de la legalidad, eficacia, transparencia de los mismos; igualmente exige, verifica y confronta las

¹⁶ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 231.

declaraciones patrimoniales de servidores públicos y evalúa las gestiones administrativas, financieras operativas y ambientales que efectúa las distintas entidades estatales; auditar el financiamiento internacional conferido a favor de las entidades públicas, incluyendo la fiscalización a las mismas, entre otras más.¹⁷

La LOGGE tiene como objetivo instituir a la Contraloría General del Estado, como el órgano bajo el cual se encuentra la dirección del sistema de control, fiscalización y auditoría del Estado. La Ley establece la capacidad normativa que tiene el Organismo de Control, determinando que se podrá expedir, aprobar y actualizar normas de control interno como parámetros y marco del establecimiento del control interno de las distintas entidades del Estado, políticas de auditoría gubernamental, normas de control y fiscalización; normas de auditoría gubernamental, de carácter local e internacional; reglamentos, regulaciones y guías metodológicas para la aplicación del sistema y la determinación de responsabilidades.¹⁸

Por otro lado, el Reglamento de la LOGGE en su artículo 53 ofrece una clasificación de las funciones y atribuciones conferidas en la ley y la Constitución a la institución. Entre las que se destacan respecto al tema, son el control externo y la evaluación a través de la auditoría por sí o por medio de una compañía privada a distintos aspectos como gastos inversiones, adquisiciones, egreso de bienes y recursos públicos, uso de servicios, construcción, etc. También, identificación de procedimientos internos para prevenir actos de corrupción; determinación de responsabilidad civil, administrativa e indicios de responsabilidad penal; patrocinio judicial; control a la Función Judicial exclusivamente sobre el control interno administrativo y económico de la misma, y en los procesos que se relacionan con los recursos públicos; examen y evaluación de los aspectos económicos y presupuestarios; informe previo a la celebración de todo contrato de las instituciones del Estado, que afecten al recurso público o implique egreso de los recursos públicos. La capacitación en las áreas de competencia de la Contraloría General; la asesoría para la aplicación de las recomendaciones que constan en los informes de auditoría, además del control de

¹⁷ Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, (2002, Modificación del 18 de diciembre de 2015), art 31.

¹⁸ *Ibíd.*, art. 7.

legalidad y el control de resultados de la gestión institucional, el apoyo y la asistencia técnica.¹⁹

En el Registro Oficial, suplemento No 653 de 21 de diciembre de 2015, se publicaron las enmiendas constitucionales, donde se modificaron varios artículos, entre ellos el 211 y 212 numeral 2, que hacen referencia a la Contraloría General del Estado. En el caso del artículo 211 se restringe la facultad de control, eliminando de la redacción la frase: “en la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado”. El argumento esgrimido por los asambleístas y que compartió la Corte Constitucional para realizar esta supresión, fue que en el texto del 2008, existía una duplicidad de funciones, ya que a su criterio existen otras instituciones encargadas de vigilar el cumplimiento de objetivos institucionales, y se limitan a considerar a la Contraloría como un “juez de cuentas”, señalando además que la Contraloría tiene como función principal el control administrativo financiero de las instituciones que manejen recursos del erario nacional, sean estas públicas o privadas.²⁰

Este fue un tema con el que no estaba de acuerdo el entonces Contralor Carlos Pólit, que en una de sus comparecencias a la Asamblea Nacional manifestó que los cambios propuestos alteraban el control de los recursos públicos y, por tanto, las competencias de este organismo de control.²¹ En el mismo contexto, se modificó el art 212 numeral 2 suprimiendo la palabra “gestiones” del texto. El análisis realizado por la Corte Constitucional estableció que con una lectura integral del texto la incorporación de la frase “gestiones” dentro de las funciones de la Contraloría se relaciona con la indeterminación de la frase “y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado”, mencionando que existe una interferencia dentro de las competencias expresas otorgadas por el sistema nacional descentralizado de planificación participativa a instituciones como el Consejo Nacional de Planificación.²² Estas enmiendas claramente restaron facultades a la Contraloría General del Estado, debilitando el sistema de control gubernamental realizado por medio de la auditoria de gestión, herramienta con la que se

¹⁹ Ecuador, *Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General*, Registro Oficial, No. 119, 7 de julio de 2003, art. 53.

²⁰ Ecuador. Corte Constitucional, [Dictamen referente a propuestas de enmiendas constitucionales], *Gaceta Constitucional* 9,10 de noviembre de 2014.

²¹ Ecuador, Asamblea Nacional, Comparecencia del Contralor General del Estado Dr. Carlos Pólit, <https://www.youtube.com/watch?v=LKBrFxxVHzE>. Acceso el 29 de enero de 2017.

²² *Ibíd.*

puede establecer si en efecto se realizaba una correcta utilización de los recursos públicos.

1.2. El control gubernamental

El control es una de las funciones propias del Estado necesarias para garantizar y regular el cumplimiento efectivo de las funciones, normas y mandatos dados a los distintos funcionarios e instituciones públicas. El término control posee una fuerte carga polisémica y son múltiples los conceptos de lo que se entiende por control gubernamental. Sin embargo, se debe señalar que el control surge con el fin de tutelar la Hacienda Pública y se ha transformado a medida que lo ha hecho el Estado.

La palabra control es un galicismo que suplanta al término tutela, cuyo origen etimológico procede de las voces contre-rol. Se puede entender, entonces, por control del Poder Público una suerte de auto-tutela del Estado.²³ María Rivas Casaretto,²⁴ en su libro *Función Controladora del Estado Ecuatoriano* expresa que *control* es un sinónimo de comprobación, examen o inspección. Siguiendo al Diccionario de Derecho Público de Emilio Fernández Vaques, se puede definir a este como un acto y procedimiento cuya finalidad es la de comprobar si el acto ejecutado por un sujeto u órgano ha respetado los requisitos que la ley demanda en sentido lato. Dicha actividad de control es ejecutada a su vez por un sujeto u órgano que examina el acto realizado por el sujeto u órgano bajo inspección.

En otras palabras, el control es una función regulada constitucionalmente cuyo propósito principal es el de asegurar que los órganos del Poder Público respeten y cumplan las limitaciones impuestas a sus actos.²⁵ Esta función juega un rol fundamental para garantizar el cumplimiento de normas evitando el desvío en el ejercicio de las funciones públicas. De esta manera, el control como función se caracteriza por lo siguiente:²⁶

- Se efectúa y cumple a través de múltiples técnicas jurídicas y políticas.

²³ Aileen Guanchez, “La participación ciudadana, modelo de una democracia responsable”, en *El Control y la Responsabilidad en la Administración Pública*, coord. Alejandro Canónico Sarabia, (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012), 167-207..

²⁴ María Rivas Casaretto, *La Función Controladora del Estado Ecuatoriano*, (Guayaquil: Edino, 2006), 25.

²⁵ María Bonnemaïson, *Mecanismos constitucionales de control del poder público*. (Valencia: Universidad de Carabobo, 2000), 105.

²⁶ Aileen Guanchez, “La Participación Ciudadana Modelo de una Democracia Responsable”, 171.

- El término control como función y garantía se emplea más específicamente como autorización, aprobación, evaluación, supervisión, inspección, examen, etc.
- Los diversos mecanismos de vigilancia y control suelen ir conectados entre diferentes instancias y niveles para cooperar conjuntamente en la supervisión y resguardo de la gestión estatal.
- Da lugar a una relación jurídico-política entre el ente controlante, y el controlado.

Juan Pablo Aguilar explica que la alusión a control, en este caso referido al ámbito del poder público, y los organismos de control están en relación con “el manejo de los recursos públicos o con lo que podemos denominar fiscalización administrativa, entendida en el viejo sentido de actividad de promoción de los intereses del fisco o, ya que recurrimos a terminología clásica, del tesoro público”.²⁷

Resulta preciso traer a colación la definición de Rubio Llorente respecto al control dentro de la administración pública como:

la potestad o el derecho subjetivo que ostenta un sujeto (órgano controlador) de emitir una declaración de juicio crítico (juzgar) acerca de si la actividad de una Administración Pública (órgano controlado) es conforme a los mandatos de un sistema normativo de referencia (norma).²⁸

Entonces, el control gubernamental busca que el servicio público sea eficiente y eficaz, impidiendo que se genere un abuso de las potestades, así como un mal uso de los recursos. Todo ello implica la consecución de varios objetivos, como son perfeccionar los procedimientos para que todo funcionario o autoridad dé cuenta de los resultados de su gestión. Así, mejorar la capacidad administrativa para prevenir la mal utilización de los recursos del Estado o detectarlos y sancionarlos de darse el caso. Impulsar el acatamiento y cumplimiento de la normativa jurídica tanto de funcionarios como de las entidades del Estado. Proteger los recursos públicos, mejorar la eficiencia tanto en el manejo de los recursos como en las operaciones, y fortalecer la confianza de la información sobre su uso transparente y debido, etc.²⁹

²⁷ Juan Pablo Aguilar, “Compromiso político y organismo de control”, en *Foro Revista de derecho*, No 7, (Quito: UASB-Ecuador/CEN, 2007), 98.

²⁸ José Antonio Fernández Ajenjo, *El control de las administraciones públicas y la lucha contra la corrupción*, (Navarra: Editorial Aranzadi, 2010), 140-1.

²⁹ Hernán Felicísimo Jaramillo Ordóñez, *Manual de Derecho Administrativo*, 5a. ed., (Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, 2005), 169.

La importancia de la potestad controladora estatal es trascendental pues, valiéndose de distintas técnicas, es por el mismo que se logran impedir o descubrir las desviaciones administrativas, el cometimiento de actos irregulares o la omisión de los mismos, transgrediendo la ley. Por medio de distintos procedimientos se comprueba el grado de apego a la normativa jurídica del accionar administrativo, su forma de proceder, y establecer las correspondientes responsabilidades, sanciones y resarcimientos. Y de esta manera, se cumple su razón de ser: supervisar y regular las actividades públicas o privadas, y se orienta a lograr una actividad eficiente que garantice el bien común velando por el cumplimiento y preservación del principio de legalidad.

1.2 Fundamentos, componentes y objeto del sistema de control

El Poder Público se sustenta en la soberanía popular, a partir de la cual se ha dado una delegación de funciones a distintos órganos y personas para la consecución de ciertos fines en pro de la ciudadanía. La concepción de un Estado de Derecho condiciona el ejercicio de dichas funciones y actividades que realizan autoridades, dignatarios, funcionarios y servidores públicos pertenecientes a entidades del Estado a diferentes controles públicos, buscando hacer cumplir el principio de legalidad y eficacia.

Para Juan Pablo Aguilar, el control gubernamental “se fundamenta en la necesidad de preservar el principio de legalidad, principio básico del Derecho público”.³⁰ Ninguna de las actividades estatales puede contradecir la ley, sino que deben preservarla y someterse a la misma. De ahí la razón por la cual es imperioso el sistema de control, ya que por medio del mismo se hacen efectivas las responsabilidades de dignatarios, funcionarios de los organismos e instituciones del Estado, asegurándose de que la ley sea resguardada y respetada.

Siguiendo a Araujo-Juárez, la expresión legalidad denota, desde un punto de vista negativo, que “ninguna actividad administrativa debe contrariar a una norma jurídica vigente”.³¹ En otras palabras, supone que los actos realizados por quienes son

³⁰ Juan Pablo Aguilar, *Compromiso político y organismo de control*, 98.

³¹ José Araujo-Juárez, “La teoría del control público de la administración del Estado. Noción y clasificación”, en *El Control y la Responsabilidad en la Administración Pública*, coord. Alejandro Canónico Sarabia, (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012), 61.

titulares de funciones estatales no pueden contradecir la ley, la cual se encuentra fundamentada en la Constitución misma, por lo mismo, tampoco pueden contrariarla. De esta forma, se manifiesta que las entidades públicas y los actos que de ella se manifiesten se ven imposibilitados de excederse u actuar fuera de sus competencias otorgadas. Igualmente, el control positivamente implica el deber de “intervenir” mediante diversas técnicas en aspectos como la libertad, tributación, sanciones, propiedad, etc., siempre adecuándose a la ley.³²

En este sentido, la LOCGE manifiesta que las instituciones del Estado y los titulares que ejerzan las potestades atribuidas a ellas, deben obrar respetando el Sistema de Control, Fiscalización y Auditoría del Estado, el mismo que propenderá a que toda autoridad y servidor público, sin ninguna salvedad, rinda cuentas públicas del ejercicio de sus atribuciones, haciéndose responsables de los mismos. El cumplimiento de las atribuciones otorgadas, como de los objetivos institucionales del Estado; exigir que cada institución pública se haga responsable por el mantenimiento de un sistema de control interno propio y que coordine su acción con la de otros órganos de control externo para la vigilancia de la gestión pública.³³

El sistema de control, fiscalización y auditoría del Estado, según la LOCGE, posee dos componentes por los cuales ejecuta sus funciones: control interno y control externo. El carácter del primero es de responsabilidad administrativa para las distintas entidades del sector público y privado que disponga de recursos públicos. El control externo, a su vez, abarca el control ejercido por la Contraloría General del Estado y otras instituciones de control del Estado en el ámbito de sus competencias.³⁴

María Rivas Casaretto afirma que el objeto del control administrativo es demandar que los recursos públicos económicos, financieros, materiales, humanos, ambientales, tecnológicos del Estado y de las Instituciones Públicas Autónomas estén bien administrados para que constituya una inversión que beneficie al país.³⁵

Al respecto, la LOCGE ha establecido en el art. 8 el objeto del sistema de control, expresando lo siguiente:

Mediante el sistema de control, fiscalización y auditoría se examinarán, verificarán y evaluarán las siguientes gestiones: administrativa, financiera, operativa; y

³² Efraín Pérez, *Derecho Administrativo*, 131.

³³ Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, art 5.

³⁴ *Ibíd.*, art. 6.

³⁵ María Rivas, *La Función Controladora*, 25-6.

cuando corresponda gestión medioambiental de las instituciones del Estado y la actuación de los servidores. En el examen verificación y evaluación de estas gestiones, se aplicarán los indicadores de gestión institucional y de desempeño y se incluirán los comenarios sobre la legalidad, efectividad, economía y eficiencia de las operaciones y programas evaluados.³⁶

1.2.1. Clases de control

El control gubernamental varía su ejercicio conforme la configuración que es dada por un ordenamiento jurídico. El mismo es distinto dependiendo del órgano que lo efectúa, de la función, objeto de control, finalidad, etc. Todos estos aspectos traen como consecuencia la imposibilidad de establecer una única clasificación. De esta forma, el control público es objeto de diversas clasificaciones las cuales aportan información de la naturaleza de la función de control y el porqué de la misma.³⁷

María Rivas Casaretto, sustentándose en la doctrina tradicional, nos ofrece la siguiente clasificación de los controles administrativos:³⁸

a) Según el momento de ejercicio (o según la oportunidad)

- Preventiva: efectúa el control antes que ocurra el acto del órgano o funcionario público produzca efectos jurídicos, anticipándose ante el mismo y su posible contravención de la ley.
- Concomitante o Concurrente: se realiza en el momento que se desarrolla la ejecución de una operación administrativa o cualquier acto estatal.
- Posterior o Represivo: el control se ejecuta luego de que ha ocurrido el acto administrativo con la finalidad de determinar los resultados y consecuencias, el grado de cumplimiento de las normas jurídicas y, en caso de ser necesario, imponer las correspondientes sanciones.

b) Según la jerarquía de las Instituciones de Control

- Horizontal: el control se realiza de una institución o entidad de igual jerarquía tanto administrativa y controladora.
- Vertical: la entidad controladora tiene mayor rango jerárquico que aquella a la que efectúa el control, es decir, se realiza de una institución de control hacia otra que ejerce una función administrativa pero no de control.
-

c) Según el lugar de su ejercicio

- Intraorgánico: consiste en la auditoría interna de una institución pública. Es el proceso de seguimiento que es ejecutado por el propio organismo o entidad pública a sí misma, siendo confiado a dependencias que forman parte de la misma administración. Se le denomina también control interno.
- Extraorgánico: es el efectuado por una entidad especializada en realizar la supervisión hacia otra que no es de control, es decir, efectuada por un órgano ajeno a la institución controlada. Se conoce también como control externo.

³⁶ Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, Registro Oficial Suplemento No. 595 del 12 de junio de 2002, art 8.

³⁷ José Antonio Fernández Ajenjo, *El control de las administraciones públicas*, (Navarra: Editorial Aranzadi, 2010), 143.

³⁸ María Rivas, *La Función Controladora*, 26-7.

d) Según quien exija el control

- Oficio: el realizado por la institución a quien le corresponde realizar el control. En este caso, el ejecutado por la propia Contraloría General del Estado.
- Petición de Parte: la investigación o examen es realizado al ser solicitado por un funcionario o institución a la entidad encargada de realizar el control.

Por otro lado, José Araujo-Juárez tomando el enfoque de Loewenstein y García Pelayo, establece otros criterios de clasificación en los que agrupa los controles. Entre estos tenemos:³⁹

1) Actividad (naturaleza o fin que persigue el control)

- Control legislativo: es un control eminentemente político. Es ejercido por la función legislativa variando según el sistema de gobierno latente en el Estado;
- Control administrativo: es el confiado a los órganos administrativos. Es el ejercido por la propia administración estatal para supervisar la actividad interna y externa en lo que respecta a la gestión pública.
- Control jurisdiccional: es el atribuido a los órganos jurisdiccionales en su más amplio sentido. Este tipo de control admite un seguimiento sobre las actividades y acciones realizadas de las otras funciones y sobre sí misma mediante distintos mecanismos y vías, como por ejemplo acciones de inconstitucionalidad (función legislativa), recurso de casación (función judicial), sistema contencioso-administrativo (todo lo relativo a la actividad administrativa), etc.

2) Contenido

- Control de legalidad: busca que los actos administrativos sujetos a control respeten y cumplan el conjunto de normas jurídicas que regulan su actividad determinando sus funciones, competencias y conductas.
- Control de mérito: es el encargado de examinar y evaluar la oportunidad y conveniencia de los actos emanados de la administración controlada.
- Control fiscal: debido a la estrecha relación entre la gestión pública con el manejo del patrimonio público, sus actos tienen un contenido de carácter económico por lo cual, este tipo de control busca regular y examinar el gasto público y el buen manejo y gestión económica de los recursos estatales.
- Control de gestión o de resultados: tiene como finalidad evaluar los resultados generales de la gestión, determinar cómo han realizado su actividad y grado de cumplimiento de los mismos con sus planes y objetivos planteados.

3) Objeto (objeto sobre el que recae)

- Personas: regula y supervisa la conducta de los titulares de una función dentro de la administración estatal; es decir de todos los funcionarios públicos
- Actividades: el control está centrado en los actos y hechos ejecutados por las entidades públicas o privadas bajo examen, comprendiendo la totalidad de la actividad o gestión, a las cuentas, bienes, especies y todo valor confiado al funcionario público.

4) Vinculación

- Control intraórgano: alude a los mecanismos internos que poseen los órganos públicos para efectuar el control sobre sí misma. Es decir, consiste en los controles internos de una misma entidad o estructura orgánica.
- Control interórgano: es producto de las relaciones de diversos sistemas orgánicos de control, que colaboran en la tarea de regular y salvaguardar los actos administrativos del Estado.

³⁹ José Araujo-Juárez, “La teoría del control público”, 68-80.

- Control extraórgano: es el realizado por una entidad que no pertenece al ente controlado, por ejemplo, órganos del Estado en ejercicio de sus funciones legislativas.

La LOCGE agrupa la función controladora otorgada a la Contraloría General del Estado en dos: Sistema de Control Interno y Sistema de Control Externo. Respecto del primero, el artículo 12 dispone una clasificación del ejercicio del control interno en razón del tiempo de ejercicio, siguiendo la doctrina, perteneciente al criterio de oportunidad o momento de ejercicio:

- a) Control previo.- Los servidores de la institución, analizarán las actividades institucionales propuestas, antes de su autorización o ejecución, respecto a su legalidad, veracidad, conveniencia, oportunidad, pertinencia y conformidad con los planes y presupuestos institucionales
- b) Control continuo.- Los servidores de la institución, en forma continua inspeccionarán y constatarán 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; y,
- c) Control posterior.- La unidad de auditoría interna será responsable del control posterior interno ante las respectivas autoridades y se aplicará a las actividades institucionales, con posterioridad a su ejecución.⁴⁰

El mismo cuerpo normativo, en lo correspondiente al Sistema de Control Externo, señala que para efectuar este tipo de fiscalización o supervisión externa se realizarán auditorías gubernamentales, lo cual abarca auditorías financieras y auditorías de gestión. Tomando en consideración la clasificación expuesta por Araujo-Juárez, criterio contenido, la LOCGE afirma, refiriéndose a la auditoría gubernamental, como un sistema integrado de evaluación que “podrá examinar la actuación administrativa del servidor, de conformidad con la ley (control de legalidad)”.⁴¹ Igualmente, el artículo 20 expresa que la auditoría financiera notificará “sobre la razonabilidad las cifras presentadas en los estados financieros de una institución pública (control fiscal)”.⁴² Por último, la auditoría de gestión tiene como fin evaluar “el desempeño de una institución, ente contable, o la ejecución de programas y proyectos” y evaluar “los resultados originalmente esperados (control de resultados)”⁴³ de la correspondiente entidad.

Existen otros tipos de controles que son ejercidos por la Contraloría General del Estado. Sin embargo, el valor de los mismos radica en que ofrecen información sobre la

⁴⁰ Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, art 12.

⁴¹ *Ibíd.*, art. 18.

⁴² *Ibíd.*, art. 20.

⁴³ *Ibíd.*, art. 21.

razón del control que emplea la entidad, los distintos mecanismos o vías que sigue para la consecución de su fin.

1.3. La auditoría como herramienta de control gubernamental

La auditoría es el instrumento fundamental empleado por la Contraloría General del Estado para cumplir sus funciones. La necesidad de encontrar las desviaciones, incumplimiento, omisiones de actos administrativos explica del porqué aplicar este mecanismo, ya que es una eficiente herramienta de control mediante el análisis, sistemático de resultados, evaluación e identificación de los distintos procesos, actos y efectos dentro de la gestión pública.⁴⁴

El Reglamento de la LOCGE, en el artículo 1, afirma lo siguiente respecto a la auditoría:

La Contraloría General del Estado, acorde con las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias realizará el control, mediante las técnicas y las modalidades de la auditoría, con el fin de examinar, verificar y evaluar las gestiones administrativa, financiera, operativa y, cuando corresponda, la gestión medio ambiental de las instituciones y organismos sujetos a su control, comparando el modelo o referente jurídico o técnico, establecido por imperio de las normas jurídicas, los conocimientos científicos y las normas técnicas pertinentes, con la realidad o hecho originado en la acción de las personas, con el objeto de presentar comentarios, conclusiones y recomendaciones sobre la legalidad, efectividad, economía y eficiencia de las operaciones y programas evaluados.⁴⁵

Existen definiciones diversas de auditoría. El Diccionario de Finanzas de Orlando Greco la define como un “control selectivo realizado por un grupo independiente del sistema a auditar, cuya finalidad es recabar información necesaria y suficiente para evaluar el funcionamiento y la operatividad de dicho sistema”.⁴⁶ La auditoría supone el empleo de principios técnicos de contabilidad y de derecho, consistiendo en el examen sistemático y objetivo de operaciones, actos, procedimientos financieros o administrativos con el objetivo de verificar, evaluar y pronunciarse al

⁴⁴ Jessica Cruz y Myrian Pomaquero, “Auditoría de Gestión en la Dirección Provincial de Salud de Chimborazo en el Área de Control y Mejoramiento de la Calidad, en el Programa Ampliado de Inmunizaciones (PAI), en el período de Enero del 2010 - Abril del 2011”, (tesis de grado, Escuela Politécnica Superior de Chimborazo, 2011), 25.

⁴⁵ Ecuador, *Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, Registro Oficial Suplemento No.595, 2012, art 1.

⁴⁶ Orlando Greco, *Diccionario Contable*, 4a. ed. (Florida: Valleta Ediciones, 2007, 65, citado por Jessica Cruz y Myrian Pomaquero, *Auditoría de Gestión en la Dirección Provincial de Salud de Chimborazo*, 25.

respecto, mediante la realización de un informe del control determinando las respectivas conclusiones y recomendaciones.⁴⁷

La actividad de control ejecutada a través de la auditoría supone un elemento de unificación para los organismos de control, pues este mecanismo realiza un examen de las actividades administrativas aunque tenga por objeto distintas materias como gastos, inversiones, ingresos, etc., y ello acentúa su importancia.⁴⁸

En la Ley se especifican de varios tipos de auditoría de las cuales la Contraloría General del Estado debe servirse para realizar la fiscalización en el sector público; entre ellos la auditoría interna, gubernamental, de gestión, ambiental, públicas, etc., de las cuales se explica en el siguiente apartado.

1.3.1. Modalidades de auditoría realizadas por la Contraloría General del Estado

Según la LOCGE, el sistema de control ejercido por la Contraloría General del Estado se encuentra dividido en dos grupos:

A.- Auditoría Interna: La norma legal establece que las instituciones del Estado contarán con una Unidad de Auditoría Interna cuando se justifique que dependerá técnica y administrativamente de la Contraloría General del Estado.⁴⁹

A decir de María Rivas Casaretto, la Unidad de Auditoría Interna es un departamento o sección que debe estar presente en cada institución que conforma el sector público, la cual está compuesta por auditores.⁵⁰ Pólit señala que dichas unidades “pertenecen y son parte del control interno de cada entidad y se integran en los procesos y estructura administrativa de la entidad, pero los informes que elaboran corresponden a exámenes posteriores a las operaciones y actividades controladas”.⁵¹ Para su creación o supresión, conforme establece el artículo 14 de la LOCGE, se requiere informe previo de la Contraloría General. Dentro de las facultades de la Unidad de Auditoría Interna se encuentra la ejecución de auditorías y exámenes especiales.

En relación al personal auditor, será nombrado, removido o trasladado por el Contralor General. Además, este funcionario designará a las máximas autoridades en las Unidades de Auditoría Interna, quienes serán servidores públicos de libre designación y

⁴⁷ Hernán Jaramillo, *Manual de Derecho Administrativo*, 179.

⁴⁸ Carlos Pólit Faggioni, *La Contraloría General del Estado en el Ordenamiento Jurídico Constitucional*, (Quito: NINA Comunicaciones, 2009), 19.

⁴⁹ Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, art. 14.

⁵⁰ María Rivas, *La Función Controladora del Estado Ecuatoriano*, 105.

⁵¹ Carlos Pólit, *La Contraloría General*, 15.

remoción. Los miembros de la Unidad de Auditoría Interna gozan de independencia respecto a los demás servidores públicos del organismo estatal al que pertenecen para garantizar la transparencia en su labor; por ello, su actividad es informada al órgano de control superior.⁵²

Existe una situación particular respecto a los auditores internos, pues si bien son servidores de la entidad a la cual controlan, los informes que emiten no son conocidos por la máxima autoridad de dicho organismo, sino por el Contralor General del Estado ya que su actividad constituye el supuesto previo a la auditoría gubernamental.⁵³

B.- Auditoría gubernamental: Es una manifestación del control externo que realiza la Contraloría General del Estado. Se denomina gubernamental ya que la concepción originaria establecía que el control sería ejercido por el gobierno central. Sin embargo, en la actualidad, el control ha adquirido independencia de aquel.⁵⁴ Esta modalidad consiste en un sistema integrado de asesoría, asistencia y prevención de riesgos, el cual incluye el examen de las acciones y obras de quienes administran los recursos públicos,⁵⁵ es decir, las actuaciones de los servidores públicos son sometidas a examen con el propósito de verificar su validez constitucional, legal y reglamentaria. Esta clase de control abarca cinco tipos diferentes de auditoría:

- Examen especial: Se caracteriza por verificar, estudiar y evaluar “aspectos limitados” de aquello relacionado a la gestión administrativa, operativa, financiera y medioambiental de los recursos públicos.⁵⁶ Se realiza una vez se haya ejecutado la actividad controlada. Para la evaluación se aplican técnicas y procedimientos propios de la auditoría, así como criterios específicos de las materias objeto de examen. Tras ello, el auditor formulará el correspondiente informe.
- Auditoría financiera: La finalidad de este tipo de auditoría es informar sobre la “razonabilidad” de los estados financieros y la contabilidad de la “institución pública, ente contable, programa o proyecto” objeto de control.⁵⁷ Esto es, examinar documentos, comprobantes y registros

⁵² Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, art. 15.

⁵³ María Rivas, *La Función Controladora*, 106.

⁵⁴ *Ibíd.*, 108.

⁵⁵ Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, art. 18.

⁵⁶ *Ibíd.*, art. 19.

⁵⁷ *Ibíd.*, art. 20.

económicos que evidencien la correcta administración de los recursos del Estado, así como el cumplimiento de los preceptos legales por los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones.

La auditoría financiera se refiere a un período específico y culmina con la elaboración de un informe profesional, el cual incluye comentarios y opiniones sobre la situación financiera de la entidad.

Auditoría de gestión: Aquella cuya finalidad es establecer el grado de economía, efectividad y eficiencia en la gestión, organización, control interno y uso de los recursos públicos por parte de una institución, ente contable, programa o proyecto.⁵⁸ Mediante evaluación y examen, se verifica el cumplimiento de la normativa legal y reglamentaria, además de los resultados esperados, los cuales serán estimados según los indicadores institucionales y de desempeño de cada entidad estatal.

Son objeto de esta clase de auditoría “el proceso administrativo, las actividades de apoyo, financieras y operativas; la eficiencia, efectividad y economía en el empleo de los recursos humanos, materiales, financieros, ambientales, tecnológicos y de tiempo, cumplimiento de atribuciones objetivos y metas institucionales”.⁵⁹

Este tipo de auditoría concluye con la elaboración de un informe amplio que presenta comentarios, conclusiones y recomendaciones destinados a mejorar el servicio público materia de control.

- Auditoría de aspectos ambientales: El artículo 22 de la LOGGE reconoce a la Contraloría General del Estado la facultad de examinar, en cualquier momento, “los procedimientos de realización y aprobación de los estudios y evaluaciones de impacto ambiental” de las actividades estatales. Además, es competente el organismo de control para constatar la observancia de las normas constitucionales, legales y reglamentarias en materia ambiental.⁶⁰
- Auditoría de obras públicas o de ingeniería: El objeto de esta categoría de examen son los actos precontractuales, contractuales y resultados de la

⁵⁸ Hernán Jaramillo, *Manual de Derecho Administrativo*, 181.

⁵⁹ Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, art. 21.

⁶⁰ Si bien el artículo citado menciona la Ley de Gestión Ambiental de 1999, dicho cuerpo normativo se encuentra derogado. No obstante, la materia ambiental se encuentra desarrollada en la Ley de Gestión Ambiental de 2004 y el Código Orgánico Ambiental de 2017.

ejecución de obras públicas.⁶¹ La finalidad del mismo es verificar la conformidad de lo realizado con aquello estipulado en las cláusulas contractuales, a más de la sujeción a las normas referentes a la contratación pública.

1.4. La Determinación de Responsabilidades por parte de la Contraloría General del Estado

Con el propósito de comprender de forma holística el presente tópico, es preciso establecer previamente qué se entiende por responsabilidad, responsabilidad del Estado y responsabilidad de los servidores públicos, ya que la facultad determinadora de la Contraloría General tiene su fundamento en aquellos.

Según un principio tradicional del derecho, todo aquel que cause un daño a otro debe repararlo. Esa obligación de reparación se traduce en la responsabilidad del causante del daño. Por ello, responsabilidad en sentido lato significa que una persona rinde cuentas de sus actos, siendo merecedora de aprobación o sanción.⁶² A su vez, responsabilidad en el ámbito jurídico se refiere a la actividad de la persona que transgrede la norma jurídica, por lo cual ella se halla en la obligación de responder por los resultados de sus acciones u omisiones ya que los mismos son sancionados por el ordenamiento jurídico.⁶³

Sin embargo, los ciudadanos no son los únicos constreñidos por el Derecho. El Estado también es responsable, aunque la aceptación de su responsabilidad es relativamente reciente. Antes de la segunda mitad del siglo XIX, se entendía que el Estado no era responsable por sus actos y hechos.⁶⁴ El surgimiento del Estado de Derecho implicó la sujeción de aquel al orden jurídico con fundamento en el principio de legalidad, según el cual quienes actúan en representación del Estado están facultados a realizar únicamente lo señalado de manera expresa en la ley, convirtiéndolo en

⁶¹ Hernán Jaramillo, *Manual de Derecho Administrativo*, 183.

⁶² Carlos Pólit, *La Contraloría General*, 20.

⁶³ Santiago Nieto y Yamile Medina, “El control externo y la responsabilidad de los servidores públicos

del Distrito Federal” (México: UNAM, 2005), 17, citado por Guido Escobar Pérez, *La determinación de las responsabilidades administrativas como consecuencia del control gubernamental*, Tesis de maestría, (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2016), 33.

⁶⁴ Rubén Flores Dapkevicius, *Manual de Derecho Público*, t. II (Montevideo: Editorial B de F, 2007, 326.

responsable por aquellos excesos y abusos de los funcionarios públicos que lo representan. Por ello, existe especial interrelación entre los principios de legalidad y de responsabilidad, ya que sería imposible un Estado democrático en el cual exista un poder omnímodo sin control alguno.

En la actualidad, el fundamento de la responsabilidad del Estado es la consideración de aquel como ente protector de los derechos de los ciudadanos. Tras el advenimiento del Neoconstitucionalismo, el aseguramiento del goce y ejercicio de los derechos fundamentales se ha convertido en uno de los deberes primordiales del Estado.⁶⁵ De esta manera, la administración pública es considerada un servicio a la colectividad tendiente a garantizar el efectivo goce de los derechos.

La responsabilidad del Estado, según Rubén Flores Dapkevicius, consiste en la obligación de este para responder con su patrimonio por aquellos perjuicios ocasionados a terceros en el desempeño de su actividad propia.⁶⁶ Hernán Jaramillo define la responsabilidad del Estado como el “deber jurídico” que tiene para responder, a nombre de los servidores públicos, por aquellos actos y derivaciones de la prestación irregular de sus servicios por un organismo o entidad del sector público.⁶⁷ Es decir, la realización de actividades por el Estado en el ejercicio de sus competencias puede ocasionar afecciones a los derechos de las personas. La vulneración puede producirse por el abuso en el ejercicio lícito de las potestades públicas, como por un hecho ilícito.

Cuando una persona ingresa al servicio público, se crea un vínculo de carácter administrativo entre el funcionario y el Estado, razón por la cual se generan derechos y obligaciones recíprocas. En caso de faltar el servidor público a sus deberes, el Estado puede forzar a aquel con el objetivo de que garantice la reparación del daño que ocasionó con su incumplimiento.⁶⁸ Adquiere especial relevancia el principio de legalidad consagrado en el artículo 226 de la Constitución de la República, ya que los funcionarios pueden ejercer “solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley”; si exceden aquellas, son responsables.

⁶⁵ El artículo 11, numeral 9, de la Constitución de la República del Ecuador manifiesta: “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.”

⁶⁶ Rubén Flores, *Manual de Derecho Público*, 326.

⁶⁷ Hernán Jaramillo, *Manual de Derecho*, 339.

⁶⁸ Patricio Secaira Durango, *Curso Breve de Derecho Administrativo*. (Quito: Editorial Universitaria, 2004), 135.

Por ello, los servidores públicos, quienes actúan en representación del Estado, responden individualmente por la ejecución de aquello que el ordenamiento jurídico le impone hacer, así como por la no realización de lo que la norma jurídica pertinente le exige. Esto se debe a que la responsabilidad del servidor público ha sido impuesta como un freno a la arbitrariedad que eventualmente puede cometerse al ejercer un cargo público. Al respecto, la Constitución de la República del Ecuador establece:

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

Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.⁶⁹

El organismo competente para conocer, evaluar, examinar y determinar la responsabilidad de los servidores públicos es la Contraloría General del Estado. El artículo 212, numeral 2, de la Constitución manifiesta que será función de aquella, entre otras, “determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control”. En concordancia con aquello, los artículos 31, numerales 34 y 39, de la LOCGE y 53, literal b, del reglamento de dicha ley reconocen la mencionada aptitud.

La facultad determinadora de responsabilidades de la Contraloría General del Estado es aquella ejecutada tras haberse realizado el análisis y evaluación de los diferentes controles a los recursos públicos de las entidades e instituciones estatales. En otros términos, es el resultado de la auditoría gubernamental y constituye la manifestación de la fuerza coercitiva del organismo superior de control.⁷⁰ La presente potestad caduca en siete años, los cuales se contabilizarán desde la fecha en que se hubieren realizado las actividades generadoras de responsabilidades.⁷¹

De conformidad con el artículo 39 de la LOCGE, la Contraloría General del Estado, con base en los resultados de la auditoría gubernamental contenidos en actas o

⁶⁹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 233.

⁷⁰ María Rivas, *La Función Controladora*, 113.

⁷¹ Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, art. 71.

informes, posee la potestad exclusiva para determinar las responsabilidades mencionadas ut supra. Previamente, la Contraloría deberá examinar la observancia de las normas de auditoría, a más de los preceptos constitucionales, legales y reglamentarios correspondientes. Procederá a determinar, acorde a los fundamentos de hecho y de derecho, las responsabilidades con la debida motivación (según exige el artículo 76, numeral 7, literal 1, de la Constitución).

El Reglamento de Responsabilidades, emitido por el Contralor General del Estado, establece quiénes están sujetos a un eventual proceso de determinación de responsabilidades:

Pueden ser sujetos de la responsabilidad administrativa culposa, civil culposa o indicios de responsabilidad penal, las autoridades, dignatarios elegidos por votación popular, funcionarios/ as y demás servidores/as de las instituciones del Estado; los personeros, directivos, empleados, trabajadores y representantes de empresas públicas, personas jurídicas y entidades de derecho privado con participación estatal que se encuentren en funciones o que hayan dejado de desempeñarlas por cesación definitiva de las mismas; así como los terceros, tomando en cuenta los plazos de prescripción y caducidad previstos en la ley.

Un mismo acto administrativo o hecho relacionado con la Administración Pública puede acarrear responsabilidad para varios sujetos, igualmente un mismo servidor/a puede ser objeto de responsabilidad por varios actos o hechos.

Los terceros podrán ser sujetos de responsabilidad civil, sin perjuicio de las acciones penales a que hubiere lugar, de acuerdo con las leyes y demás normas jurídicas aplicables.⁷²

Asimismo, dicho cuerpo normativo manifiesta que existen factores a considerar en el momento de establecer responsabilidades. Los mismos facilitan el análisis del tipo y la gravedad de la falta cometida por el servidor público. La Contraloría General deberá valorar en su examen: los deberes que le son exigibles según las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias correspondientes; el nivel de importancia del servicio público; el grado de poder de decisión del funcionario; y las consecuencias que son imputables a la acción u omisión del servidor.⁷³

1.4.1. Clases de Responsabilidades

La responsabilidad puede clasificarse con base en dos criterios: de acuerdo al objeto o según los sujetos.⁷⁴

⁷² Ecuador, *Reglamento de Responsabilidades*, Registro Oficial, Suplemento, No. 696, 22 de febrero de 2016, arts. 2 y 7.

⁷³ *Ibíd.*, art. 2.

⁷⁴ *Ibíd.*, art. 5.

Por el objeto, pueden ser responsabilidades administrativas, civiles o penales. El ordenamiento jurídico ecuatoriano lo reconoce de tal manera en el ámbito constitucional y legal. La materia que puede originar la determinación de dichas responsabilidades son las acciones u omisiones consideradas en sí mismas, las cuales son atribuidas a los servidores públicos o terceros que guarden relación con la administración, pues existe en aquellas un funcionamiento ilegal y perjudicial de las entidades del sector público.⁷⁵ Estas formas distintas de manifestación de la responsabilidad de los funcionarios o agentes del poder público no son excluyentes entre sí, pues es posible que en un determinado caso un funcionario sea acreedor de dos o más responsabilidades con consecuencias jurídicas diferentes, pero obligado a responder por todas aquellas medidas que se impongan, ya sean disciplinarias, administrativas, civiles o penales.

Según los sujetos, pueden ser:

- Principal y Subsidiaria: La primera es aquella en la cual el sujeto está en la obligación de dar, hacer o no hacer algo como consecuencia de la determinación de responsabilidad. La segunda hace referencia al deber que corresponde a una persona en caso de que el responsable principal no cumpla con el suyo.⁷⁶
- Directa y Solidaria: La primera surge cuando los servidores públicos, ya sea por acción u omisión, incumplen normas, faltan a la veracidad, oportunidad, pertinencia o conformidad con planes, programas y presupuestos; es decir, infringen las obligaciones que les corresponden. La segunda se refiere al hecho de que dos o más personas son coautoras de la acción u omisión administrativa que origina la responsabilidad.⁷⁷

1.4.2. Determinación de responsabilidad civil culposa

La responsabilidad civil se presenta cuando un funcionario público, en ejercicio de sus funciones, ya sea por acción u omisión culposa, produce un daño de orden patrimonial a una persona o a la propia administración pública.⁷⁸ Dicho servidor se encuentra en la obligación de reparar el perjuicio ocasionado.

La responsabilidad civil, según quien haya sido vulnerado, puede ser externa o interna. La primera surge cuando los servidores públicos producen daños al patrimonio

⁷⁵ Ecuador, Contraloría General del Estado, “Acuerdo 012 - CG – 2003: Manual General de Auditoría Gubernamental, que regirá para las Unidades de Auditoría de la Contraloría, de Auditoría Interna de las Entidades y Organismos del Sector Público que se encuentran bajo el ámbito de competencia del Organismo Técnico Superior de Control y para las firmas privadas de auditoría contratadas”, en *Registro Oficial*, No. 107, 19 de junio de 2003, : 151, <http://www.contraloria.gob.ec/WFDescarga.aspx?id=15&tipo=nor> >

⁷⁶ *Ibíd.*

⁷⁷ Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, art. 43-4.

⁷⁸ Patricio Secaira, *Curso Breve*, (Quito: Editorial Universitaria, 2004), 142.

de los administrados, quienes no están obligados legalmente a soportarlo. La segunda ocurre cuando, como resultado de la auditoría gubernamental, se determina un perjuicio económico al Estado causado por los funcionarios públicos, por acción u omisión.⁷⁹

El ordenamiento jurídico ecuatoriano posee una amplia regulación referente a la determinación de responsabilidad civil culposa. La LOGGE contiene las disposiciones que regulan el aspecto sustantivo, mientras el reglamento de ella y el Reglamento de Responsabilidades desarrollan las normas que establecen el procedimiento para determinar el detrimento causado y los responsables del mismo.

La responsabilidad civil culposa del funcionario público se origina en la inobservancia de sus obligaciones, lo cual afecta el patrimonio estatal. Es competencia exclusiva de la Contraloría General del Estado la determinación de la presente responsabilidad. Existe un sujeto activo quien irroga el daño, el funcionario, y un sujeto pasivo que sufre el agravio, el Estado. Están sujetos a responsabilidad civil culposa los servidores señalados en el artículo 7 del Reglamento de Responsabilidades.

Al respecto, dicho cuerpo normativo establece lo siguiente:

La responsabilidad civil culposa nace de una acción u omisión culposa aunque no intencional de un sujeto de responsabilidad, que sin tomar aquellas cautelas, precautelas o precauciones necesarias generan resultados perjudiciales directos o indirectos a los bienes y recursos públicos; o, en el caso de pago indebido por desembolsos que se realizaren sin fundamento legal o contractual o sin que el beneficiario hubiere entregado el bien, realizado la obra, o prestado el servicio, o la hubiere cumplido parcialmente.⁸⁰

A partir de dicho concepto, es posible distinguir ciertos elementos: la acción u omisión del sujeto de responsabilidad; la culpa con la cual actúa el funcionario, y el daño a los bienes y recursos públicos.

Acción puede definirse como el obrar positivo de una persona, es decir, el despliegue de un acto como manifestación exterior de aquello que su fuero interno le ordena. En otras palabras, es el ejercicio activo del comportamiento humano que provoca un resultado. Pero también existe un aspecto pasivo constituido por la omisión. Este aspecto pasivo del actuar humano puede ser penalmente relevante. Al respecto el Derecho no solo contiene normas prohibitivas, sino también imperativas en la que se ordenan determinadas acciones, cuyas desatenciones pueden producir efectos socialmente nocivos. La infracción de estas normas imperativas constituye en sí la

⁷⁹ Hernán Jaramillo, *Manual de Derecho*, 349-50.

⁸⁰ Ecuador, “Reglamento de Responsabilidades”, art. 16.

esencia de la omisión. El Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP), respecto a la omisión, señala que “no impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo”.⁸¹ La acción y omisión se relacionan directamente con las obligaciones del servidor público, pues con base en ellas, y acorde al principio de legalidad, se determinará su responsabilidad. Así, existe un vínculo entre la conducta y el daño ya que origina una relación causal, la cual produce la obligación del funcionario de resarcir el perjuicio económico.

La culpa es aquella falta de “diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios”.⁸² La responsabilidad civil es culposa ya que si bien existe un hecho que ha causado perjuicios, ha sido cometido sin la intención de dañar. Así lo establece el artículo 52 de la LOCGE, el cual señala que la presente especie de responsabilidad está regulada por las normas del Código Civil referentes al cuasidelito.⁸³ El artículo 29 del Código Civil distingue tres variedades de culpa: culpa grave, culpa leve y culpa levísima. Quien es responsable civil o económicamente responde hasta por culpa leve. Precisamente, la determinación de responsabilidad civil culposa concentra el debate en el establecimiento de la culpa del servidor, razón por la cual, el Estado debe respetar la presunción de legitimidad de las actividades de los funcionarios mientras la Contraloría General no determine lo contrario,⁸⁴ en concordancia con la presunción de inocencia reconocida constitucionalmente en beneficio de todas las personas en cualquier proceso en el cual se determinen obligaciones.

El daño a los bienes y recursos públicos es la consecuencia de la acción u omisión culposa del servidor público. Si bien los elementos mencionados ut supra se desarrollan en el interior de la persona, el detrimento es la materialización de aquellos. Origina una “obligación jurídica indemnizatoria” a favor del Estado, la cual debe ser calculada a la fecha de su comisión según los factores de responsabilidad establecidos en el artículo 2 del Reglamento de Responsabilidades de la Contraloría General.

La responsabilidad civil culposa se establece de dos formas: glosa y orden de reintegro. La primera consiste en una nota o reparo que genera la obligación del

⁸¹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial, Suplemento No. 180, 10 de febrero de 2014, art. 23. En adelante se cita éste Código como COIP.

⁸² Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial, Suplemento No. 46, 24 de junio de 2005, art. 29.

⁸³ El artículo 2481 del Código Civil regula el Cuasidelito.

⁸⁴ Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, art. 38.

servidor público de reparar el daño ocasionado a la entidad estatal. La segunda ocurre en casos de pago indebido, esto es, cuando por error el funcionario entrega a terceros recursos del Estado sin fundamento legal o contractual alguno. La resolución debe estar, por mandato constitucional, debidamente motivada, tanto en su parte expositiva como resolutive.⁸⁵

1.4.3. Determinación de responsabilidad administrativa

La responsabilidad administrativa es aquella declarada a un servidor público por los órganos integrantes del sistema nacional de control fiscal, previa instrucción de un procedimiento administrativo en el cual se compruebe que esa persona, a cuyo cargo se encuentra el manejo, administración o custodia de fondos o bienes públicos, ha incurrido en acciones, hechos u omisiones contrarios a sus deberes, lo cual conlleva la aplicación de una sanción pecuniaria en los términos que señale la ley. Este tipo de responsabilidad, dentro del marco de un procedimiento administrativo, solo la impone un órgano de la administración pública: la Contraloría General del Estado.⁸⁶

Los funcionarios de las entidades estatales pueden incurrir en dos clases de responsabilidad administrativa. Una de ellas se presenta cuando aquel infringe una norma jurídica, resultando una afección directa a la administración pública.⁸⁷ La otra, sobreviene con el daño producido a un particular por un servidor público, lo cual genera una indemnización estatal y una acción en contra de este.⁸⁸

Existe un sujeto activo de la infracción, el funcionario; y un sujeto pasivo, los órganos y entidades del sector público. Están sujetos a este tipo de responsabilidad las personas establecidas en el Reglamento de Responsabilidades emitido por el Contralor General del Estado, artículo 7.

Al igual que la responsabilidad civil, esta especie se encuentra regulada en su aspecto sustantivo por la LOCGE, mientras el reglamento de la misma y el Reglamento de Responsabilidades desarrollan las normas adjetivas para determinar los responsables y la gravedad de la inobservancia de leyes y reglamentos.

⁸⁵ Ecuador, “Reglamento de Responsabilidades”, art. 26.

⁸⁶ Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, art. 39.

⁸⁷ *Ibíd.*, art. 45.

⁸⁸ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 11, núm. 9.

Aunque no hay uniformidad en la doctrina para determinar los elementos que se requieren para que exista responsabilidad, puede decirse que, en el caso de la responsabilidad administrativa, tradicionalmente se ha considerado que esos elementos son tres: una actuación de los funcionarios de la administración, un daño o perjuicio y un nexo causal entre el daño y la actuación.

La actuación de los servidores admite dos modalidades: acción y omisión. Según el Reglamento de Responsabilidades, la primera es “la actividad positiva puesta por el agente, que puede dar fundamento para la responsabilidad”, mientras la segunda consiste en “dejar de hacer algo a que estaba obligado por disposición legal, reglamentaria, por la distribución de funciones o por estipulaciones contractuales, puede dar lugar a responsabilidades”.⁸⁹ El daño o perjuicio ocasionado al Estado es sancionado por la autoridad, y es determinado según los factores de responsabilidad establecidos en el mencionado reglamento. El nexo entre la actuación del funcionario y el agravio es la demostración de la culpa en el ejercicio de la actividad del servidor, la cual deriva de la inobservancia de las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que rigen el ejercicio de un cargo público. Los funcionarios, al igual que en la responsabilidad civil, responden hasta por culpa leve.

El artículo 45 de la LOCGE enumera las causales de responsabilidad administrativa culposa, entre las cuales se destacan: cometer abuso en el ejercicio de su cargo; permitir la inobservancia de leyes y reglamentos vigentes, aun las relacionadas al ejercicio de cada cargo; recibir o exigir recompensa alguna por desempeñar sus funciones con eficiencia; solicitar dineros para otorgar contratos a determinada persona; contraer compromisos por cuenta de la entidad pública a la cual representan o en la que prestan sus servicios, contraviniendo las normativa legal correspondiente; no suministrar, de forma oportuna, la información pertinente o no colaborar a los auditores gubernamentales y demás organismos de control y fiscalización.⁹⁰

Las sanciones por incurrir en esta especie de responsabilidad, conforme el artículo 46 de la LOCGE, son:

- Multa: Constituye una sanción económica al servidor público. La ley establece que la multa mediará entre una y veinte remuneraciones básicas unificadas del

⁸⁹ Ecuador, *Reglamento de Responsabilidades*, art. 9.

⁹⁰ Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, art. 45.

trabajador en general, sin perjuicio de las demás clases de responsabilidades que deriven de la falta cometida.⁹¹

- Destitución: Sanción que, según la gravedad de la actuación, produce el cese definitivo de funciones de un funcionario.

Además, las correctivos deberán ser proporcionales según mandato constitucional.⁹²

Por ello, la LOCGE establece diversos criterios para determinar la sanción, siendo ello: la acción u omisión del sujeto activo de la infracción, la jerarquía de aquel; la gravedad de la falta cometida según la ley, la importancia y volumen de los recursos públicos implicados; la ineficiencia en la gestión, el haber incurrido en el hecho por primera vez o en forma reiterada.⁹³

1.4.4. Determinación de indicios de responsabilidad penal

La responsabilidad penal se manifiesta cuando un funcionario público adecúa su conducta a aquellos presupuestos fácticos, objetivos y subjetivos, que las leyes pertinentes tipifican como delito y que llevan a la aplicación de una pena, independientemente de los demás hechos ilícitos que como cualquier otra persona pudieren cometer sin intención en contra del servidor público o de un tercero. Se presenta cuando el hecho causante del daño consiste en una conducta que el Estado ha tipificado como delito, y se traduce en una responsabilidad frente al Estado, quien, en consecuencia, impone una pena al responsable para reparar el daño social causado por su conducta ilícita.

Los delitos son materia del Derecho Penal y únicamente pueden ser juzgados por órganos estatales con potestad jurisdiccional, los cuales juzgarán la existencia material de la infracción y la responsabilidad del justiciable (art. 619 del COIP). Por ello, el sistema administrativo de control de la administración pública solamente determina la existencia de indicios sobre la consumación de una infracción penal y, de ser el caso, informa de ellos a la Fiscalía General del Estado, titular de la acción penal pública y

⁹¹ *Ibíd.*, art. 46. La posibilidad de sancionar la comisión de la infracción con diversos tipos de responsabilidades ha sido criticada por la doctrina como una violación al principio constitucional *non bis in ídem*. Al respecto, véase Guido Escobar Pérez, “La determinación de las responsabilidades administrativas como consecuencia del control gubernamental”, (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2016), 46.

⁹² El artículo 76, numeral 6, de la Constitución de la República del Ecuador afirma: “La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza”.

⁹³ Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, art. 46.

órgano competente para dirigir la investigación preprocesal y procesal penal, con la finalidad de iniciar un proceso penal en contra del funcionario público.⁹⁴

La determinación de indicios de responsabilidad penal constituye una facultad de la Contraloría General del Estado para establecer que un servidor público, en el ejercicio de sus funciones, posiblemente ha cometido un delito contra la eficiencia de la administración pública. El fundamento del indicio de responsabilidad penal es el dolo, a saber, “el deseo de inferir daño u obtener ventajas ilícitas para sí o para otro, originando de esta manera un delito”.⁹⁵ En otras palabras, se entiende al dolo como conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito.

En este punto, se considera importante definir el término “indicio”. Proviene de la voz *indicium*, derivado del latín *indicare*, que significa indicar, señalar, mostrar, hacer conocer algo. Consiste en un signo o señal, rastro o huella. Los griegos lo denominaban *tecmaria*, si era equívoco, y *semeia*, si era inequívoco.

Hay quienes le niegan al indicio la condición de medio de prueba y hay quienes la admiten. Es decir existe una corriente que entiende y acepta que el indicio es un medio de prueba similar a cualquier otro, aun cuando, como es obvio, con sus características propias; se refieren a que el indicio es un hecho o, al menos, que constituye su parte esencial; y existe otra corriente que sostiene que el indicio es una inferencia o relación, o una operación lógica.

Esta diferencia resulta de especial interés, ya que de ella se derivan consecuencias de profundo significado en la concepción de la estructura y función de este medio de prueba, y de ella depende también el tratamiento procesal que habrá de dársele al indicio.

También se conoce otra definición de indicio como signo aparente y probable que existe en una cosa. Sinónimo de indicación, muestra, señal, entre otras.

El indicio nace de un elemento que nos hace inferir algo probable, como por ejemplo, un arma de fuego encontrada en un lugar de los hechos que nos indica que probablemente fue la causa del homicidio. Mas para comprobar esta afirmación, necesariamente se recurre a la definición de evidencia; esta será el resultado del análisis técnico-científico en el caso planteado, para el arma de fuego, análisis practicado por expertos o peritos.

⁹⁴ Patricio Secaira, *Curso Breve*, 153.

⁹⁵ Ecuador, *Acuerdo 012 - CG - 2003: Manual General de Auditoría Gubernamental*, 159.

Así, el indicio, es la seña por donde se infiere la verdad que queda de algo, son los vestigios, las huellas, restos, señales, rastros o noticias de la ocurrencia de unos sucesos que se hallan relacionados con unos hechos presumiblemente delictivos. El estudio y análisis que realiza el investigador o perito, hace que estos indicios, huellas, restos o señales confirmen su estrecha relación con los hechos, su importancia y valor, traduciéndose en evidencias o elementos probatorios, que luego de ser sometidos a contradicción en la audiencia de juzgamiento alcanzarán el valor de prueba.

Retomando el análisis, la determinación de indicios de responsabilidad penal se realiza mediante un procedimiento administrativo, en el cual deben ser aplicadas las garantías del debido proceso a favor del funcionario, cuando por los resultados de la auditoría, interna o gubernamental, o de exámenes especiales efectuados se infiera la comisión de un ilícito.⁹⁶ En el proceso, deben ser examinadas: “acciones irregulares en procedimientos de contratación, obtención ilegítima de beneficios, desvío de recursos públicos, falsificaciones o simulaciones relacionadas con la eficacia, eficiencia y calidad de la utilización de los recursos”.⁹⁷

La Constitución de la República del Ecuador señala que los servidores de las entidades estatales estarán sujetos a las penas con las cuales son sancionados los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito.⁹⁸ A su vez, el Reglamento de Responsabilidades remite a los artículos 278, 279, 280 y 281 del COIP, los cuales tipifican los ilícitos mencionados en la norma constitucional. El ordenamiento jurídico ecuatoriano presenta una contradicción en lo que respecta a la presente especie de determinación. La Norma Fundamental reconoce en el artículo 233 en concordancia con el art 16 del COIP, que la acción para perseguir los delitos antes citados es imprescriptible, mientras la LOCGE prescribe que la facultad para determinar responsabilidades, caduca en siete años a partir de la fecha en que se hubieren realizado las actividades que las originan. La disconformidad radica en que el COIP exige, como “presupuesto de procedibilidad”, el informe previo sobre indicios de la responsabilidad penal emitido por la Contraloría General para que Fiscalía pueda ejercer la acción penal en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito. Es decir, en siete años, la infracción penal cometida por el servidor en el ejercicio de su cargo ya no podrá ser objeto de

⁹⁶ Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, art. 65.

⁹⁷ Escobar, “La determinación de las responsabilidades administrativas”, 48.

⁹⁸ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 2008, art. 233.

control, y la consecuencia jurídica sería el impedimento para ejercer la acción penal pública a la Fiscalía al no contar con este informe cuando ya caducó la facultad de la Contraloría de emitir un pronunciamiento.

Se debe precisar al efecto que la prescripción es la pérdida del derecho de persecución que tiene la Fiscalía frente a un delito por acción del tiempo, en tanto que la caducidad es la pérdida de la facultad administrativa de pronunciamiento a través de un informe de la Contraloría General del Estado.

El procedimiento de determinación inicia con la emisión del informe resultado de la auditoría, interna o gubernamental, que establece los indicios de responsabilidad penal. Dicho documento es remitido por el Jefe de la Unidad de Auditoría Interna o Jefe del Equipo auditor gubernamental al Contralor General o sus delegados, quienes deben aprobarlo. Tras ello, deben remitir dicho documento a la Fiscalía General del Estado, que iniciará la investigación pertinente con el propósito de determinar si existen elementos de convicción suficientes para formular cargos en contra del funcionario público.⁹⁹

1.4.5 Análisis del Informe con indicios de Responsabilidad Penal

Con el acuerdo No 010-2016 de la Contraloría General del Estado, publicado en el Registro Oficial Suplemento 713 de 16 de marzo de 2016, se regula la estructura, trámite y aprobación de los informes con indicios de responsabilidad penal, siendo lo más relevante al análisis normativo de la estructura del documento, la existencia de dos capítulos.¹⁰⁰ En el primero, se consigna la información introductoria donde se encuentran algunos ítems que son: a) el motivo de la acción de control que tiene una determinación temporal (fechas, meses y años) claramente identificada, b) objetivos del examen, generales y específicos, verificaciones de cumplimiento de normativa c) alcance del examen, donde se enumera la información que sirvió de base para la realización de la auditoría o examen especial, y base legal utilizada.

El capítulo dos contempla los resultados del examen especial, el mismo que contiene un análisis de los hallazgos producto de la acción de control, es decir verificaciones contables, información de instituciones públicas, movimientos bancarios,

⁹⁹ Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, art. 65-66.

¹⁰⁰ Ecuador, Acuerdo 010-2016 CG, *Reglamento de elaboración de informes e Auditoría Gubernamental*, Registro Oficial Suplemento No.713, 2016, art 2.

inversiones, análisis documental, análisis de procesos de contratación. Como parte central se consigna la conclusión donde se indica el tipo penal (artículo del COIP), al que se adecuarían los hechos revelados en los hallazgos de auditoría, informe que será suscrito por el servidor/a a cargo de la unidad administrativa de control que lo emite. Como documentos anexos a estos informes, se deberá incluir: a) la documentación que evidencie los hechos que originaron la emisión del informe con indicios de responsabilidad penal; b) la opinión técnica cuando corresponda, y de haberla, c) especificación clara de las personas que tienen relación con los hechos consecutivos del indicio, lo que incluirá nombres, apellidos, número de cédula, período de gestión, cargos, dirección domiciliaria, teléfono, ciudad y lugar de trabajo.¹⁰¹

Una vez elaborado y suscrito este documento, se remite para la aprobación del Contralor General, Subcontralor General del Estado, Director/a Regional o Director/a de Auditorías Internas, y es luego de esta aprobación que se envían copias certificadas a la Fiscalía.¹⁰²

Es finalmente importante establecer que las instituciones auditadas, dignatarios, funcionarios, servidores y demás personas vinculadas con el examen realizado por Contraloría, son notificadas desde el inicio y durante el transcurso de los procesos de control, para que ejerzan su derecho a la defensa, con el propósito de que presenten documentación e información que tenga relación con los objetivos del examen. Los resultados provisionales de cada parte del examen se darán a conocer tan pronto como se obtengan. Todos estos datos constarán en el borrador del informe para que sea analizado en la conferencia final, por los auditores gubernamentales actuantes, los representantes de la entidad objeto del examen y todas las personas vinculadas con el mismo. Cualquier información que los asistentes o vinculados con el examen deseen presentar, lo realizarán durante los cinco días laborables posteriores a la conferencia final y mediante comunicación dirigida al máximo directivo de la unidad de control responsable del trámite del informe definitivo,¹⁰³ que tiene carácter de no impugnabile.¹⁰⁴

¹⁰¹ *Ibíd.*, art 14.

¹⁰² *Ibíd.*, art 15.

¹⁰³ Ecuador, *Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, art 24.

¹⁰⁴ Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, art 69.

La Contraloría General, según la Constitución y la ley, posee una amplia potestad, pues con el solo indicio que emite puede activar la investigación y actuación de los órganos jurisdiccionales. No obstante, en un Estado Democrático, deben existir los correspondientes contrapesos que eviten el abuso de poder, pues la autoridad máxima del órgano superior de control, como se mencionó ut supra, es el encargado de aprobar los informes con indicios de responsabilidad resultado de auditorías, razón por la cual podría decidir arbitrariamente cuáles de ellos aprobar.

Capítulo segundo

En la primera parte de este trabajo académico se analizó a la Contraloría General del Estado como entidad que forma parte de la Función de Transparencia y Control Social a partir del 2008. En este contexto se describe la facultad que le otorga la Constitución de la República para la determinación de responsabilidades civil, administrativa e indicios de responsabilidad penal, analizando este último informe a detalle. Ahora, es necesario contrastar lo que establece la Constitución en relación a la Fiscalía General del Estado y la titularidad de la acción pública penal que ostenta, detallando cuáles son las dificultades del procesamiento por el delito de peculado frente a la disposición legal del artículo 581 del COIP, buscando determinar si aquella forma de control ejercida por la Contraloría General del Estado limita el ejercicio público de la acción penal.

El rol de la Fiscalía General del Estado, facultades constitucionales y legales

La Fiscalía General del Estado, como órgano autónomo de la Función Judicial, se encuentra establecida en la actual Constitución del 2008. El papel que ha jugado la Fiscalía en el país ha tenido una paulatina transformación. Sus primeros antecedentes lo ubicamos en 1830, con la creación de la Alta Corte, dentro de la cual, el Fiscal formaba parte. En 1928, el presidente Isidro Ayora da origen al Ministerio Público como dependencia estatal integrante de la Procuraduría General del Estado.¹⁰⁵ Ulteriormente, fue modificado y reestructurado, concibiéndose como un organismo independiente y de autonomía completa respecto de las demás funciones estatales, hasta una entidad parte del poder judicial.

En la Constitución Política de 1945, en el título XI, se instituye el Ministerio Público cuyo ejercicio es realizado por el procurador conjuntamente con los fiscales de los tribunales de justicia, sin otorgar una mayor importancia al rol de Fiscal.¹⁰⁶ Dicha

¹⁰⁵ Marco Aguirre, *El Fiscal y su rol en el Sistema Acusatorio Oral*, (Loja: Indugraf, 2012), 18-9.

¹⁰⁶ *Ibíd.*, 19.

institución se mantuvo con la misma línea y, en la Carta Fundamental de 1979, título IV, sección II, dentro de los organismos del Estado e inmerso en el desempeño de la Procuraduría General, manifiesta que dicha institución “se ejerce por el Procurador General del Estado, los Ministros y Agentes Fiscales y los demás funcionarios que determine la ley”.¹⁰⁷

Sin embargo, las reformas constitucionales de 1995 implantan en la Constitución, por primera vez, una sección designada “Del Ministerio Público”.¹⁰⁸ En el año 1998 con la expedición de la Constitución, el Ministerio Público toma nueva forma. Se establece como una institución indivisible e independiente de las ramas del poder público, cuyo ejercicio se encuentra en manos del Fiscal General del Estado como representante legal. Además, manifiesta de forma clara, como su principal función, la de dirigir y promover la investigación pre procesal y procesal penal.¹⁰⁹

Con el objetivo de hacer viables las disposiciones constitucionales, la Ley Orgánica de Ministerio Público de 1997 es reformada por medio de ley en junio del 2000.¹¹⁰ Luego de esta, dicho cuerpo normativo sufrió varias actualizaciones. La misma determinaba al Ministerio Público como autónoma e independiente tanto en lo económico, administrativo y presupuestario, disponiendo como una de sus atribuciones fundamentales la de promover y conducir las indagaciones previas y la instrucción fiscal en delitos de acción pública.¹¹¹

El 13 de julio de 2001, el nuevo Código de Procedimiento Penal cambia el sistema inquisitivo escrito e incorpora el sistema acusatorio y oral. En este nuevo sistema, determina como competencia de la Fiscalía la carga de la prueba en la etapa de juicio, y establece que la conducción de la investigación antes y durante el proceso debe ser efectuada con imparcialidad y objetividad. En el sistema inquisitivo, el Fiscal presentaba una intervención muy restringida, siendo el tiempo para revisar un proceso

¹⁰⁷ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 110.

¹⁰⁸ Marco Aguirre, *El Fiscal y su rol*, 19.

¹⁰⁹ Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador* [1998], Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998, art. 217.

¹¹⁰ Marco Aguirre, *ibíd.*

¹¹¹ Ecuador, *Ley Orgánica del Ministerio Público*, Codificación 2, en Registro Oficial, No. 250, 13 de abril del 2006, art 1.

muy limitado. Consecuentemente, con el nuevo sistema se otorga al Fiscal la obligación de promover el proceso en todas las etapas, ampliando mayormente su actuación.¹¹²

La vigente Constitución de la República de 2008 realiza una reestructuración jurídica e institucional. El Ministerio Público es modificado y reorganizado; un organismo de control independiente de toda rama del poder estatal es reemplazado por la actualmente llamada Fiscalía General del Estado que, según el artículo 194, es “un órgano autónomo de la Función Judicial, único e indivisible”, la cual “funcionará de forma desconcentrada y tendrá autonomía administrativa, económica y financiera”.¹¹³ El Fiscal General, como máxima autoridad y representante legal de dicho órgano, debe actuar con respeto irrestricto a los derechos y principios constitucionales y del debido proceso.

El artículo 195 de la Constitución establece que “la Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública, con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal”, en cuyo caso “de hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal”.¹¹⁴

En relación con estos principios rectores que deben determinar el accionar de la Fiscalía, encontramos que, de acuerdo al Principio de Oportunidad, la obligación del Estado es perseguir y castigar todo delito, atendiendo también el principio de legalidad, lo que resulta cuestionable en el orden práctico y teórico, toda vez que habría que descongestionar el sistema y aplicar criterios de selección en relación a los casos de aplicación de una medida correctiva. O en casos donde se deba aplicar una privativa de libertad, considerar la conveniencia de la aplicación de medidas correctivas o reducción de penas a quienes sean colaboradores de la justicia contribuyendo al descubrimiento de delitos de alta gravedad. Por ejemplo, entre otras excepciones podrían ser consideraciones vinculadas al mencionado principio de oportunidad, tomando en cuenta el interés público.¹¹⁵

¹¹² Marco Aguirre, *El Fiscal y su rol*, 20.

¹¹³ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 194.

¹¹⁴ *Ibíd.*, art. 195.

¹¹⁵ Aguirre Torres, Marco Boris, *El fiscal y su rol en el sistema acusatorio oral*, (Loja: Indugraf, 2012), 22.

Es indiscutible que el principio de oportunidad se convierte en una excepción de la legalidad, siendo la posibilidad de que los órganos públicos prescindan de la persecución penal, inclusive ante la presencia de noticias y pruebas sobre el hecho punible, por motivos de utilidad social o razones político-criminales.¹¹⁶

Por ello, la discrecionalidad de los Fiscales para iniciar o no una investigación y la persecución penal, no puede ser arbitraria sino orientada a razones que beneficien a la colectividad en general, o a la víctima en particular. Es así cómo el principio de oportunidad trata de establecer reglas claras para prescindir de la acusación penal, frente a casos en los que ordinariamente debía acusarse por un aparente hecho delictivo.¹¹⁷

El objeto de este principio, según la doctrina, consiste en corregir la disfuncionalidad del principio de legalidad procesal, dando y creando así una mejor calidad de justicia para las partes. Por lo que este principio faculta al titular de la acción penal, en este caso el fiscal, a decidir sobre si se inicia o no la actividad judicial penal, independientemente de estar ante hechos delictuosos como autor determinado, concluyéndola por acto distinto al de una sentencia y teniendo como sustento de su conclusión los criterios de falta de necesidad de la pena o falta de merecimiento de la misma.¹¹⁸

Otro de los principios que rigen la acción penal pública es el de mínima intervención penal según la cual el Derecho Penal debe tener carácter de última ratio por parte del Estado para la protección de los bienes jurídicos y sólo para los más importantes frente a los ataques más graves. Este principio tiene relación con el carácter fragmentario del Derecho Penal, según el cual se debe utilizar este de manera extraordinaria, solo en los casos más graves. También se relaciona con la naturaleza subsidiaria, y que se refiere a que la utilización del Derecho Penal será cuando han fracasado ya otros mecanismos de protección menos gravosos para la persona.

El Código de la Función Judicial en sus artículos 281 y 282 señala, respectivamente, la naturaleza jurídica y las funciones a desempeñar de la Fiscalía General del Estado. Entre sus diez funciones atribuidas por esta ley, manifiesta en el numeral 1 que le corresponde a la Fiscalía:

¹¹⁶ *Ibíd.* 24

¹¹⁷ *Ibíd.* 28

¹¹⁸ *Ibíd.* 38

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.¹¹⁹

Asimismo, en el mismo articulado se otorga la facultad de dirigir y supervisar las funciones de intercambio de pruebas e información de delitos cometidos en el exterior; coordinar las actuaciones de la Policía Judicial en investigaciones anteriores de las etapas del proceso penal; expedir manuales de procedimiento y acreditaciones para la Policía Judicial, entre otros.

El Código Orgánico Integral Penal, que entra en vigencia el 10 de agosto del 2014, confirma lo dicho por las normas precedentes. En el libro segundo, título III, capítulo tercero, en el artículo 442 se establece como potestad de la Fiscalía el de conducir e intervenir en la investigación preprocesal y procesal penal, hasta la finalización del mismo. En los artículos 443 y 444 se señalan las atribuciones de la Fiscalía en general y del Fiscal respectivamente, estando entre las funciones del fiscal la de formular cargos, impulsar la acusación de haber mérito, con la debida sustentación; requerir al juzgador la recepción de testimonios; receptar denuncias escritas o verbales sobre delitos sujetos a su control, etc.¹²⁰ De igual forma, el COIP en sus artículos 410 y 411 otorga a la Fiscalía el ejercicio y titularidad de la acción penal pública.

De acuerdo a lo prescrito en las distintas normas del ordenamiento jurídico ecuatoriano, se pone de manifiesto que a la Fiscalía General del Estado le corresponde dirigir y promover la investigación ante una violación de las normas jurídicas penales, debiendo en todas las instancias o etapas de la sustanciación del proceso penal ejercer la acción pública sin limitación alguna, como facultad constitucional y legal que es.

2.1. La acción penal pública

El COIP, en el artículo 409, señala que la acción penal es de carácter público, empero, manifiesta que su ejercicio puede ser público o privado. La Fiscalía ejerce la primera, sin el requerimiento de una denuncia previa, mientras que, el titular de la

¹¹⁹ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, en Registro Oficial, Suplemento No. 544, 09 de marzo del 2009, art. 282 núm. 1.

¹²⁰ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, en Registro Oficial, Suplemento No. 180, 10 de febrero de 2014, arts. 443-4.

segunda atañe a la víctima en caso de una querrela.¹²¹ Puesto de manifiesto ello, se evidencia que según la normatividad señalada anteriormente, es a la Fiscalía General del Estado a quien le compete el ejercicio de la acción penal pública, por lo cual se hace imperante determinar el concepto del mismo.

Dentro del derecho, la conceptualización de acción ha acarreado varias discusiones entre los procesalistas. El término ha ido evolucionando en el tiempo, sin un criterio único y concibiéndose una pluralidad de nociones entorno al mismo.

Las relaciones que se desarrollan en el Estado, en variadas ocasiones, se traducen en conflictos que afectan los intereses de los individuos y de la sociedad misma, lo que produce inestabilidad en el orden social. Aquella situación hace necesaria la intervención de un tercero con poder: el Estado mediante la función jurisdiccional, que solucione tal pugna. Es en este contexto donde la acción toma relevancia pues, por ésta, las personas pueden activar dicho aparato jurisdiccional para dar origen a un proceso y solucionar los conflictos y los intereses puestos en peligro. Sin embargo, la acción para cumplir dicha finalidad de provocar la actividad judicial puede ser vista y caracterizada desde distintas perspectivas: como un poder, un derecho (ya sea subjetivo, abstracto, concreto, potestativo, de obligación, etc.), una pretensión, un poder-deber, como medio, de carácter público, privado, etc.

No existiendo una única acepción de acción, Couture toma a esta desde un aspecto general, y afirma que existen tres diferentes significados: a) como sinónimo de derecho; sentido que se le otorga al término cuando se afirma “el autor carece de acción”; b) como sinónimo de pretensión; c) como sinónimo de aquella “facultad de provocar la actividad de la jurisdicción” es decir, “de un poder jurídico que tiene todo individuo como tal, y en nombre del cual es posible acudir ante los jueces ante demanda de amparo a su pretensión”.¹²²

El intento de caracterizar y determinar al término de forma separada, desde distintos ámbitos del derecho, específicamente en el campo civil y penal, hace compleja su definición. Florian señala que muchos autores, desde el campo civil, consideran a la acción como el ejercicio de un derecho potestativo, es decir, una facultad de hacer o no

¹²¹ *Ibíd.*, arts. 409-10.

¹²² Eduardo Franco Loor, “Importancia de la Acción Penal Pública en el Derecho Procesal Penal”, en *Revista Jurídica*, (Guayaquil: Revista Jurídica Online, 2009), 89. Accedido el 28 de febrero de 2017 http://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2010/10/27_81a116.pdf

hacer, sin que ello implique estar obligado a efectuarlo. Dicha noción, como afirma el autor, no es aplicable en materia penal, pues el Estado en empleo de la acción penal no aplica una facultad sino un deber u obligación.¹²³

Durán Díaz manifiesta en relación a esta dificultad que, a diferencia de lo que ocurre en materia civil, dentro del proceso penal hay normas que imponen una sanción en caso de incumplimiento. No existe una relación privada sino una pública entre el Estado y el imputado; o en otras palabras, un vínculo entre la sociedad y el inculpado, donde al activarse la jurisdicción penal, no se reclama el reconocimiento de un derecho sustantivo sino la pronunciación respecto a la inocencia o no de un individuo.¹²⁴ De esta manera, dentro del ámbito penal, señala Franco Sodi, la acción es un derecho, cuyo ejercicio consiste en la realización de un derecho de penar, por lo cual se constituye, a su vez, en un deber. Por ello, es mejor considerar a la acción como un poder jurídico, cuya aplicación “activa” al juez, quien actúa tan solo si la acción penal se ejercita ante él.¹²⁵

Una de las fundamentales características de la acción es que es única, independientemente del campo desde el cual se la ejerza. Al respecto, Zavala manifiesta que:

No existe una ‘acción penal’ diversa de la ‘acción civil’. Ambas tienen la misma finalidad y tienen la misma estructura. Lo que varía, lo que constituye la diferencia específica entre una y otra, es la materia con motivo de la cual deben actuar, es decir, la naturaleza del objeto que permite su ejercicio.¹²⁶

Por ello, es importante tratar de develar un concepto unitario de acción, el cual pueda ser aplicable en cualquier ámbito del derecho procesal.

El ejercicio de la acción pública penal por la Fiscalía General del Estado, establecido en el artículo 195 de la Constitución de la República, se materializa al realizarse una formulación de cargos en contra de una persona, siempre que concurren suficientes elementos sobre la existencia de un delito.¹²⁷ Frente a ello, también existe la etapa preprocesal de investigación previa, la cual no podrá tener una duración mayor a

¹²³ Miguel Castillo Soberanes, *El monopolio del ejercicio de la acción penal del ministerio público en México*, (México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1992), 37. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/864/5.pdf>. Accedido el 28 de febrero de 2017.

¹²⁴ Eduardo Loor, *Importancia de la Acción Penal*, 90.

¹²⁵ Miguel Castillo, *El monopolio del ejercicio de la acción penal*, 37.

¹²⁶ Jorge Zavala Baquerizo, *Tratado de Derecho Penal Tomo II*, (Guayaquil: EDINO, 2004), 12-3.

¹²⁷ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, 63.

un año en los delitos sancionados con pena privativa de libertad de hasta cinco años, y mayor a dos años en los delitos sancionados con una pena privativa de libertad de más de cinco años. Esta etapa permitirá tener claridad en la decisión de formular o no una imputación. La formulación de cargos da lugar a la acción penal, la cual se inicia con la primera etapa denominada Instrucción Fiscal. Durante aquella, el Fiscal determinará elementos de convicción, de cargo y de descargo. Al concluir la Instrucción, si el titular de la acción penal pública considera que no existen elementos para deducir una imputación, emitirá su dictamen abstentivo de manera motivada; por el contrario, si el fiscal considera haber reunido todos los elementos, solicitará que se realice una audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, con la cual comienza la segunda etapa del procedimiento.

En la etapa de evaluación y preparatoria de juicio se sustenta la acusación fiscal; luego de lo cual el juez emitirá la resolución motivada de llamamiento a juicio o de sobreseimiento. En el caso de resolver llamar a juicio, se activa la tercera fase, denominada etapa de juicio, que es la principal del proceso y se sustancia sobre la base de la acusación fiscal. En esta audiencia, la o el Fiscal defenderá la teoría del caso y se practicarán las pruebas de las partes procesales. Además, se presentarán los alegatos de cierre con la finalidad de convencer a los miembros del Tribunal Penal que se ha probado la existencia del delito y la responsabilidad del procesado. Luego de ello, los jueces del Tribunal ratificarán la inocencia de la persona procesada o declararán su culpabilidad y determinarán la pena, con lo cual termina la acción penal ejercida por la Fiscalía General del Estado.

2.2. Definiciones de la acción penal pública

Tomando en consideración lo manifestando, y una vez especificado el inconveniente que la definición de acción lleva consigo, procedemos a exponer algunas de las posiciones doctrinales más importantes que se han desarrollado a lo largo del tiempo en torno a la acción penal.

Giuseppe Chiovenda manifiesta que la acción es un derecho potestativo que poseen las personas, con el cual se estimula al órgano jurisdiccional para su actividad contra el adversario, pretendiendo que lo demandado sea satisfecho.¹²⁸ Dicho autor se

¹²⁸ *Ibíd.*, 6.

apoya en la teoría de Watch, reafirmando la acción como un derecho independiente del que genera el derecho material. Sin embargo, rechaza su carácter público, definiéndolo como un derecho privado, exclusivamente contra el obligado, descartando la idea que busca una tutela jurídica del Estado.¹²⁹ En esta línea encontramos a Emilio Betti quien, además de la naturaleza privada, reconoce un carácter abstracto y la define como “el poder jurídico de provocar la actuación jurisdiccional de la ley en orden a determinada razón hecha valer”.¹³⁰

De igual manera, Calamandrei se adhiere a la definición que construye Chiovenda. No obstante, agrega, la acción es un derecho potestativo de carácter público, es decir, que se ejerce contra el Estado y no en relación al adversario.¹³¹ Aunque más adelante el mencionado autor acepta sin reticencias la definición otorgada por Chiovenda, varios procesalistas atribuyen el elemento público a la acción, trasladando la mira de la parte hacia el juez, la jurisdicción, el Estado mismo.

Como parte de las teorías publicistas, Francisco Canerlutti afirma que “la acción ha sido concebida, precisamente, como un poder, que por ciertas personas, en ciertos casos y modos, es ejercitado”,¹³² donde representa un ejercicio privado de una función pública, el cual se dirige concretamente contra el juez. Por lo tanto, es el derecho a provocar la actividad del juez.¹³³

Por otro lado, existen tratadistas que han establecido conceptos imprecisos. Confundiendo los términos de acción y pretensión, Andrés F. Córdova la define como un “derecho de acudir” ante los órganos jurisdiccionales para solicitar “la represión de un delito”. Dicho derecho es concedido al ministerio público y a todos los ciudadanos que fueren ofendidos. Asimismo, Guasp concibe al proceso como una institución cuya finalidad es la estimación de pretensiones, y suprime de esta ciencia a la acción, asimilándola a la definición de la primera.¹³⁴ Dicho autor se centra únicamente en qué es lo que una persona busca conseguir dentro de un proceso, y que el mismo, sea debidamente alcanzado. Es importante manifestar que no hay identidad entre los mismos, pues la acción busca estimular, activar, provocar al órgano jurisdiccional para

¹²⁹ Fernando de la Rúa, *Teoría General del Proceso*, (Buenos Aires: Editorial Depalma, 1991), 51.

¹³⁰ *Ibíd.*, 52.

¹³¹ Jorge Zavala, *Tratado de Derecho Penal*, 7.

¹³² *Ibíd.*, 8.

¹³³ Fernando De la Rúa, *Teoría General del Proceso*, 53-4.

¹³⁴ Jorge Zavala, *ibíd.*

obtener una sentencia o resolución; el juez juega un papel fundamental. Por otro lado, la pretensión implica reclamación; exigir, demandar la imposición de una pena. Por lo tanto, ambos tienen propósitos distintos.

Walter Guerrero Vivanco, realiza un análisis de las distintas posturas, y considera a la acción como “una institución de orden público, establecida por el Estado”, por medio de la cual, los particulares y el órgano público competente dan a conocer el cometimiento de una infracción al órgano jurisdiccional respectivo para que se inicie un proceso contra de quien cometió aquella.¹³⁵

Para terminar, entre las concepciones presentadas, resalto y ratifico la definición de Zavala Baquerizo, quien retoma los planteamientos de varios tratadistas, entre ellos, los realizados por Chiovenda, Counture y Florian. El autor concibe a la acción penal como el “poder jurídico concedido por el Estado a las personas o al Ministerio Público, con el fin de estimular al órgano jurisdiccional penal para que éste inicie el proceso penal cuando se ha violentado una norma jurídica penalmente protegida”.¹³⁶ Cabe agregar, según el ecuatoriano Zavala, la acción penal pública tiene un propósito fundamental el cual consiste en activar, poner en marcha el órgano jurisdiccional penal para, a su vez, dar inicio al proceso penal. Dicha acción concluye al ejercerse. Es decir, existe hasta el momento de cumplir su finalidad.¹³⁷

El Estado, luego de abandonar las primitivas formas de hacer justicia por mano propia, es quien asume el derecho de juzgar, de penar en la sociedad colectivamente organizada. Por ello, le corresponde otorgar dicha facultad, para que, en una situación que exista un cometimiento de una infracción, un acto que transgreda una disposición del ordenamiento jurídico, se ponga en marcha la actividad del juez y el órgano jurisdiccional correspondiente, cumpliendo así la función de administrar justicia mediante el proceso penal.

Asimismo, desprendiéndose de la definición, se afirma que el poder de activar el organismo jurisdiccional es entregado no solo a personas particulares, sino también a representantes de la sociedad, de un órgano público (en nuestro caso la Fiscalía) para que pongan en marcha la finalidad que persigue la acción. Si bien, como se afirmó anteriormente, la acción penal debe ser única. La práctica legislativa ecuatoriana ha

¹³⁵ Pablo Ojeda, *El sistema acusatorio en el régimen penal*, (Loja: Ediloja Cía. Ltda., 2012), 30.

¹³⁶ Jorge Zavala, *Tratado de Derecho Penal*, 12.

¹³⁷ *Ibíd.*, 14.

establecido una clasificación de la misma según su ejercicio, es decir, se la puede promover mediante dos formas distintas: mediante un mecanismo público u otro privado. Por medio de la primera, se busca que la acción por la cual se haga actuar a los organismos estatales responsables de administrar justicia y hacer efectivo el derecho de castigar del Estado, sea promovida por una persona particular que anteponga una denuncia de cometimiento de un delito, o, en el caso del mecanismo público, la acción sea impulsada por parte del organismo público.¹³⁸ En conclusión, la acción penal pública sería ese poder jurídico cuyo propósito es activar el aparato jurisdiccional penal para dar comienzo a un proceso penal, poder que es otorgado y promovido por el órgano público de la Fiscalía General del Estado.

2.2.1. Características de la Acción Penal Pública

De acuerdo al Dr. Eduardo Franco Loor, la acción penal pública posee las siguientes características:¹³⁹

- a. **Publicidad:** nace del derecho público. La acción penal se ejerce con relación al Estado. Es un poder jurídico que, por medio de la Fiscalía, se dirige a la jurisdicción, al órgano público encargado de administrar justicia, que corresponde a una función estatal con el fin de aplicar una pena ante el cometimiento de un delito, buscando satisfacer un interés colectivo general. De esta manera, la acción penal siempre será pública, pues su propósito es la realización de un derecho público del Estado. Además, la Fiscalía es una entidad pública, por ende, la acción que ejerce será de características públicas.
- b. **Oficialidad:** son los propios órganos del Estado quienes tienen el poder de promover la acción penal; se refiere a aquel organismo reconocido, autorizado, facultado para ejercer dicho poder, actuación enmarcada y reconocida por el marco jurídico estatal. La Constitución de la República, al establecer la titularidad a la Fiscalía General del Estado para el ejercicio de la acción pública, le confiere el carácter de oficialidad. La intervención de un organismo oficial de acusación e investigación que promueve de la pretensión punitiva del Estado genera dicho carácter.¹⁴⁰
- c. **Indivisible:** este carácter implica que una vez que se ejerce la acción recae sobre todos los involucrados o participantes del delito, persiguiendo, sin excepción alguna, a todos aquellos que tuvieron alguna responsabilidad en el mismo. De esta forma, ningún individuo que haya estado involucrado en la ejecución de la infracción de acción pública puede ser excluido de la represión o sanción penal.¹⁴¹
- d. **Obligatoriedad:** el poder concedido por el Estado a la Fiscalía General del Estado no es facultativo. La acción penal pública por parte de este órgano autónomo ante la

¹³⁸ Ricardo Vaca Andrade, *Derecho Procesal Penal ecuatoriano según el Código Orgánico Integral Penal Tomo I*, (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2014), 361.

¹³⁹ Eduardo Loor, *Importancia de la Acción Penal*, 110-1.

¹⁴⁰ Ricardo Vaca Andrade, *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano*, 380,1.

¹⁴¹ *Ibíd.*

noticia de la presunta trasgresión de una norma jurídica penalmente protegida, es de ejercicio obligatorio. Solo por medio de su ejercicio, el órgano jurisdiccional puede dar inicio al proceso.

- e. **Irrenunciable:** supone que una vez puesta en ejercicio la acción penal e iniciado el proceso, existe la imposibilidad de abandonar, desestimar, retractarse, renunciar a la acusación o denuncia.¹⁴²

Además de las características expuestas, siguiendo a Castillo Soberantes, complemento con las siguientes:

- f. **Única:** implica que existe una sola acción penal pública para cada delito, abarcado a la totalidad de los mismos tiene un mismo propósito (estimular al órgano jurisdiccional penal) y estructura.
- g. **Intrascendente:** la acción penal persigue únicamente a las personas involucradas en el hecho delictivo, sin afectar a terceras personas o sus familiares, los cuales no tienen ninguna responsabilidad.¹⁴³

2.2.2. Titularidad del ejercicio público de la acción pública

La acción penal, como se ha afirmado, se caracteriza por ser un poder jurídico de carácter único y público, con el cual se pone en funcionamiento a los órganos encargados de administrar justicia ante la noticia de un presunto delito. Con base en ello, nuestro marco jurídico ecuatoriano ha establecido una clasificación según el ejercicio de la acción, la cual puede promoverse de dos formas: privado o público. Según el artículo 210, inciso segundo del COIP, la acción penal pública es ejercida e impulsada por la Fiscalía General del Estado. En este sentido, el artículo 411 del COIP prescribe:

Art. 411.- Titularidad de la acción penal pública.- La Fiscalía ejercerá la acción penal pública cuando tenga los elementos de convicción suficientes sobre la existencia de la infracción y de la responsabilidad de la persona procesada. La o el fiscal podrá abstenerse de ejercer la acción penal, cuando:

1. Se pueda aplicar el principio de oportunidad.
2. Se presente una causal de prejudicialidad, procedibilidad o cuestiones previas.¹⁴⁴

Entonces, la Fiscalía General del Estado como representante de la sociedad, es el órgano oficial y titular de la acción penal pública. Dicha acción es ejercida respecto a los delitos perseguibles por oficio, por actuación del órgano autónomo de la función judicial. La referida actuación puede, a su vez, ser impulsada por la denuncia que lleva a

¹⁴² *Ibíd.*

¹⁴³ Miguel Castillo, *El monopolio del ejercicio de la acción penal*, 46-50.

¹⁴⁴ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial Suplemento No180 de 10 de febrero de 2014, art. 411.

su conocimiento el hecho delictuoso, o mediante decisión directa del mismo órgano si ha llegado a tener elementos suficientes para acusar. Por lo tanto, la decisión fiscal de ejercer la acción penal pública no puede ser deliberada, injustificada, basada en meras suposiciones. Debe ser razonada, objetiva, examinando bajo los distintos factores que entran en juego, y contar con datos debidamente comprobados y ciertos que motiven debidamente la actuación.¹⁴⁵

Ricardo Vaca manifiesta que para la decisión por parte del Fiscal de promover la jurisdicción penal, es esencial que se cuente con la certeza suficiente sobre dos aspectos: a) la presencia de un delito perseguible por el ejercicio de la acción penal pública, es decir, que compete exclusivamente al fiscal y no que sea un delito que corresponda a la víctima mediante querrela; y, además, b) conocer la identidad en contra de quien se iniciará la acción penal. De esta manera, la Fiscalía debe analizar debidamente la conveniencia de ejercer la acción, pues el mismo incoa un proceso penal, en el cual, se efectúa la formulación de cargos ante un juez penal, autoridad que imputará o no la realización del delito. Dicha situación puede provocar varias consecuencias negativas sobre la persona involucrada en el ilícito, más si la decisión fiscal fue arbitraria, injusta o abusiva.¹⁴⁶

Según el articulado mencionado del COIP, la Fiscalía como titular, puede abstenerse de ejercer la acción penal cuando considera que, por razones de tiempo, lugar u otras (como el cometimiento de un delito de bagatela) es más conveniente y adecuado no efectuar la mencionada acción (principio de oportunidad).¹⁴⁷

En pocas palabras, invocando nuevamente lo determinado por la Constitución como norma suprema del ordenamiento jurídico en su artículo 195 y lo dispuesto en el COIP, se afirma que la normatividad jurídica actual del Ecuador dispone que la Fiscalía General del Estado posee el poder legal, la obligación, la facultad constitucional de ser el titular de la acción penal pública durante todo el desarrollo del proceso penal.

2.3. El delito de peculado en el Ecuador

El término peculado deriva de *pecus*, que significa ganado, apareciendo en su origen como una forma agravada de hurto; es el *fortum publicae pecuniae* o hurto de las

¹⁴⁵ Ricardo Vaca Andrade, *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano*, 361.

¹⁴⁶ *Ibíd.*, 362.

¹⁴⁷ *Ibíd.*, 363.

cosas públicas, juntamente con el *sacrilegium*, constituido por el hurto de cosas pertenecientes a los dioses (pecunia sacra)¹⁴⁸. Considerándose este siempre como un delito contra el Estado.

El delito de peculado, al relacionarse con la administración de los fondos públicos, se origina en tiempos remotos cuando comienzan a organizarse las diversas sociedades.

El Código de Manú, cuerpo normativo hindú que data aproximadamente del 500 a.C., sancionaba con pena de muerte a quienes sustraían parte del tesoro público. Los romanos, civilización de la cual procede nuestra cultura jurídica, regularon de manera escueta y técnica el mal uso o sustracción de recursos públicos, diferenciándolo del hurto de bienes pertenecientes a los dioses, aunque en un inicio jurídicamente no se distinguían entre bienes divinos y estatales.¹⁴⁹

Posteriormente, a raíz de la expansión del sistema romano germánico alrededor de Europa continental, las diversas legislaciones sancionaron la incorrecta administración de fondos y bienes públicos, entre ellas la francesa y española, las cuales constituyen antecedente directo de la primigenia legislación ecuatoriana.

En el Ecuador republicano, todos los códigos penales han tipificado el delito de peculado en diversos términos y condiciones. Además, aquel ha sufrido diversas modificaciones en cuanto a su estructura, principalmente en el aumento paulatino de la severidad en las sanciones impuestas, así como la ampliación de los sujetos a quienes es imputable el mismo.

El primer Código Penal ecuatoriano fue promulgado en 1837 durante la presidencia de Vicente Rocafuerte. Cuerpo normativo de profunda influencia filosófica de autores como Beccaria, Carrara y otros pertenecientes a la Escuela Clásica del Derecho Penal. El Código Penal de la Francia napoleónica, así como sus reformas de 1824 y 1832, constituyen sus antecedentes jurídicos más próximos.¹⁵⁰ El peculado fue considerado entonces como uno de aquellos delitos contra la causa pública cometido por un sujeto activo cualificado, el funcionario público. Fue tipificado en el Título Séptimo, Capítulo III denominado “Del extravío, usurpación, y malversación de los

¹⁴⁸ Erleans De Jesús Peña Ossa, *Delitos Contra la Administración Pública*, (Bogotá, D.C: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda, 2005), 65.

¹⁴⁹ Luis Cueva Carrión, *Peculado*, t. I (Quito: Ediciones Cueva Carrión, 2008), 54.

¹⁵⁰ *Ibíd.*, 116.

caudales y rentas de los pueblos y establecimientos”, artículo 369. La sanción prevista fue la destitución y multa de diez por ciento de aquellos fondos públicos de los que hubiere hecho uso el funcionario.

El Código Penal de 1872 fue promulgado durante el gobierno de Gabriel García Moreno. Influenciado por el Código Penal belga de 1870, cuya base fue, a su vez, el Código francés de 1810.¹⁵¹ Debido a la situación política de la época, marcada por la influencia de la religión católica, el terror garciano y la Carta Negra de 1869, el texto penal presentó rigurosidad en las sanciones. Incluyó un capítulo denominado “Crímenes y delitos contra la religión”, castigando con pena de muerte a aquellas autoridades públicas que pretendan abolir o variar la religión católica. El delito de peculado fue sancionado con reclusión de tres a seis años¹⁵², eliminándose la posibilidad de fianza consagrada en el anterior código.

El Código Penal de 1889 fue promulgado durante la presidencia de Antonio Flores Jijón. Tipificó el peculado en el título IV, “De los crímenes y delitos contra el orden público cometidos por funcionarios, en el ejercicio de sus funciones”, capítulo IV, “De los abusos y concusiones cometidos por funcionarios públicos”, artículo 256, el cual sancionaba el “abuso de dineros públicos o privados” con reclusión menor de tres a seis años, siempre y cuando hayan estado en poder del empleado o persona encargada de un servicio público por las funciones atribuidas a él.

El 26 de mayo de 1906 fue expedido un nuevo Código Penal que comenzó a regir a partir de julio de 1907. El presidente de la época fue el General Eloy Alfaro, razón por la cual dicho cuerpo legal correspondía a la ideología liberal imperante. Fue concebido y redactado preponderantemente por José Peralta, influyente jurisconsulto liberal. Si bien, la parte general y dogmática del código fue modificada, principalmente por influencias de ideas doctrinarias de entonces, lo correspondiente a delitos y sanciones apenas se alteró, lo cual significó un estancamiento en el desarrollo del Derecho Penal en la legislación ecuatoriana, creando incluso inconvenientes por la falta de unidad de criterio entre la parte general y especial del cuerpo normativo¹⁵³. El delito de peculado fue sancionado de la misma manera que la ley penal precedente.

¹⁵¹ César Bayardo Paredes Escobar, “El delito de peculado en el Ecuador” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2009), 57-8.

¹⁵² Ecuador, *Código Penal*, en *Registro Auténtico 1871* (03 de noviembre de 1871), art. 257.

¹⁵³ Luis Cueva, *Peculado*, 119.

El Código Penal de 1938 fue promulgado durante el gobierno del General Alberto Enríquez Gallo y Andrés F. Córdova fue su autor. Ley penal severamente criticada por la incorporación de reformas discordantes con su naturaleza. Si bien mantenía la base del Código Penal belga modificado por el garcianismo y alfarismo, se introdujeron cambios provenientes de la legislación argentina e italiana que alteraron la coherencia del código ecuatoriano.¹⁵⁴ El artículo 236 prescribe igual sanción que los códigos anteriores para el delito de peculado.

El Código Penal de 1971 fue elaborado por una Comisión Jurídica durante la administración de José María Velasco Ibarra, e incorporó varias modificaciones en lo referente al delito de peculado. El artículo 257 establece, al igual que los códigos precedentes, que será responsable quien “abuse de dineros públicos”, esclareciendo el ámbito de aplicación del delito ya que incorpora el enunciado “en beneficio propio o de terceros”, situación no tipificada anteriormente. La sanción establecida fue reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años. Además, el cuarto inciso determina incapacidad perpetua para el desempeño de todo cargo o función pública para aquellas personas contra quienes se haya dictado sentencia condenatoria por el presente delito.

El Código Orgánico Integral Penal de 2014 fue expedido por la Asamblea Nacional en el gobierno de Rafael Correa. El peculado es considerado un delito contra la eficiente administración pública y consta de una detallada regulación. La sanción prevista por el artículo 278 es de pena privativa de libertad de diez a trece años. Además, el legislador tipificó como requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal en el delito de peculado la existencia de un informe previo, emitido por la Contraloría General del Estado, que establezca indicios de responsabilidad penal.

¹⁵⁴ César Paredes, *El delito de peculado...*, 60.

2.3.1 Análisis de la resolución unánime de la Corte Nacional de Justicia publicada en el Registro Oficial No 154, 19 de marzo de 2010

El Contralor General del Estado, el 28 de diciembre de 2009, consulta a la Corte Nacional de Justicia si constituye un requisito de procedibilidad -para el ejercicio de la acción penal por parte de la Fiscalía General del Estado- la declaratoria de existencia de indicios de responsabilidad penal por faltante en los fondos públicos emitida por la Contraloría General del Estado.

El Pleno de la Corte Nacional absolvió la consulta en virtud del artículo 180, numeral 6, del Código Orgánico de la Función Judicial, el cual prescribe que constituye facultad de dicho órgano expedir resoluciones generales y obligatorias en caso de duda u oscuridad de las leyes, “mientras no se disponga lo contrario por la Ley”. La resolución establece lo siguiente:

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 innumerados agregados a continuación de éste, y los artículos innumerados agregados a continuación del artículo 296 del mismo Código, Capítulo “Del Enriquecimiento Ilícito” incorporado por el artículo 2 de la Ley N° 6, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 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 la 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.

El fundamento de ello, a decir de la propia Corte, es la potestad exclusiva de la Contraloría General del Estado para determinar indicios de responsabilidad penal (establecida en los artículos 65, 66 y 67 de la LOCGE), razón por la cual únicamente con base en ellas le corresponde a la Fiscalía General del Estado ejercer la acción penal pertinente. Además, señala que la medida adoptada contribuye a garantizar la seguridad jurídica y responsabilidad penal de los procesados por esta clase de delitos.¹⁵⁵

¹⁵⁵ Ecuador. Pleno de la Corte Nacional de Justicia. “Informe previo de Contraloría en los procesos penales por Peculado y Enriquecimiento Ilícito”. Registro Oficial No. 154, 19 de marzo de 2010, 1-2.

La presente resolución fue expedida ya que, a criterio del Contralor General, existían dudas respecto de la aplicación de la ley. No obstante, aquella no cumplía ninguno de los requisitos establecidos en el artículo 180 del Código Orgánico de la Función Judicial: duda u oscuridad de las leyes.

Inexistencia de duda, porque el Código Penal vigente entonces tipificaba de manera escueta el delito de enriquecimiento ilícito y de peculado. En ninguna norma de dicho cuerpo normativo o del Código de Procedimiento Penal existía referencia alguna al informe previo de Contraloría como requisito de procedibilidad que genere la posibilidad de incertidumbre o confusión entre las atribuciones del órgano de control y el órgano titular de la acción pública.

La normativa penal carecía de oscuridad, pues reconocía expresamente que el ejercicio de la acción penal pública correspondía a Fiscalía,¹⁵⁶ y, al ser el peculado un delito de acción pública, la competencia estaba atribuida a dicho órgano, sin que el referido ejercicio pueda ser restringido por la Corte Nacional. Además, la Constitución de la República reconoce que es facultad de la Contraloría determinar indicios de responsabilidad penal en relación con aspectos sujetos a su control, “sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado”.¹⁵⁷ En el presente caso, la investigación preprocesal y procesal penal que determine la existencia material del delito de peculado y la responsabilidad de los servidores públicos cuya conducta se ajuste al tipo penal.

La resolución de la Corte Nacional de Justicia generaba inseguridad jurídica pues inobservaba los artículos 4 y 15 del Código Penal y de Procedimiento Penal respectivamente, los cuales señalaban que, en materia penal, las normas deben interpretarse de manera literal. Es decir, al no existir disposición alguna que restrinja la facultad de la Fiscalía de ejercer la acción penal en el delito de peculado, la misma no podía ser coartada.

Por ello, es preciso afirmar que la Corte Nacional violentó el principio de legalidad reconocido en el artículo 226 de la Constitución, según el cual las instituciones del Estado ejercerán únicamente aquellas competencias y facultades que

¹⁵⁶ Ecuador, *Código de Procedimiento Penal*, en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 360, 13 de enero de 2000, art. 33.

¹⁵⁷ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 212.

les sean otorgadas por la *norma normarum* o la ley, pues es función de aquella absolver consultas únicamente en caso de dudas u oscuridad de las leyes, lo cual, con los argumentos expuestos, se verifica que no existió.

La resolución viola la garantía constitucional de motivación establecida en el artículo 76, numeral 7, literal 1, de la Constitución, pues la Corte se limita, en los considerandos segundo y tercero, a transcribir artículos constitucionales y legales que consagran la facultad determinadora de la Contraloría General del Estado,¹⁵⁸ para concluir, arbitrariamente, que dicho órgano de control posee potestad exclusiva para determinar indicios de responsabilidad penal, “en base de las cuales, a la Fiscalía General del Estado le corresponde ejercer la acción penal”. Con lo cual, restringe la facultad constitucional otorgada a esta última como titular de la acción penal pública. Además, en el considerando quinto, afirma que la sustanciación de procesos por delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, sin la incorporación de informes previos por la Contraloría, ha generado inseguridad jurídica e impunidad de los procesados por dichos delitos sin fundamento fáctico o jurídico alguno que sustente dicho argumento.

La gravedad de este acto jurídico, además de generar gran confusión, sirve de base para que en este caso la Contraloría, en el supuesto de intereses particulares, maneje un mecanismo que pudiera generar impunidad, o paralice -al margen del interés de la justicia- una causa ante la necesidad del informe de auditoría con indicios de responsabilidad penal.

Es de hacer notar que en la práctica la resolución no fue del todo acogida por la función judicial, toda vez que no ha influenciado en el correcto funcionamiento y sentencia de las causas conocidas luego de la obligatoriedad de su aplicación. Esto se puede desprender luego de ver casos ilustrativos en recursos de casación solicitados con base en la pertinencia de la misma, y que han sido ratificados en el fallo condenatorio, por considerarse bien sustanciada la causa por la actuación Fiscal, sin la necesidad del informe emitido por la Contraloría como requisito de procedibilidad.

Como caso concreto, podríamos mencionar el Recurso de Casación 29-XI-2011 (Sentencia No. 357-2010, Corte Nacional de Justicia, Primera Sala Especializada de lo Penal, E.E. 139, 16-VI-2014), el mismo que fue negado a pesar de los argumentos esgrimidos por la parte actora para el recurso de casación sobre la sentencia

¹⁵⁸ Ecuador. Pleno de la Corte Nacional de Justicia. “Informe previo”, 1-2.

condenatoria por peculado. Se basaron en la idoneidad de la Resolución del 19 de marzo de 2010, publicada en el Registro Oficial N° 154, en la que el Pleno de la Corte Nacional establece que para el ejercicio de la acción penal pública, es decir, la formulación de cargos en los delitos de Peculado y Enriquecimiento Ilícito, se requiere informe previo de la Contraloría General del Estado, en el que se determine indicios de responsabilidad penal, estableciendo también que incluso en la etapa de juicio no se contó con este informe con indicios de responsabilidad penal emanado del máximo organismo de control.

La sala de casación, luego de convalidar los principios rectores que se argumentaron en sentencia condenatoria, determinó que el Tribunal Juzgador realizó un análisis correcto conforme a derecho en función de las pruebas aportadas por los sujetos procesales. Fueron valoradas de acuerdo a lo establecido en el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal, con fundamento en las normas establecidas en el Art. 85 del Código de Procedimiento Penal, que determinaba que la prueba debe establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del acusado. Asimismo, se fundamentaron en el Art. 252 del mismo documento, que prevé que: “la certeza de la existencia del delito y de la culpabilidad del acusado se obtendrá de las pruebas de cargo y descargo que aporten los sujetos procesales en esta etapa, sin perjuicio de los anticipos jurisdiccionales de prueba que se hubieren practicado en la etapa de la instrucción fiscal”. De esta manera, determinó la existencia de los indicios probados, graves, precisos y concordantes de la responsabilidad de la acusada, por lo que desestimó el argumento de la parte actora de la idoneidad de la Resolución del 19 de marzo de 2010.

Al parecer, la actual Corte Nacional de Justicia mantiene un criterio distinto del establecido en la mencionada resolución, toda vez que en este caso declara improcedente el recurso de casación interpuesto. Argumenta su decisión, entre otros aspectos, basada en que la prueba debe establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del acusado (art. 85 del Código de Procedimiento Penal). En el art. 252 del mismo documento se determina que “la certeza de la existencia del delito y de la culpabilidad del acusado se obtendrá de las pruebas de cargo y descargo que aporten los sujetos procesales en esta etapa, sin perjuicio de los anticipos jurisdiccionales de prueba que se hubieren practicado en la etapa de la instrucción

fiscal”. Lo que evidentemente desvaloriza la necesidad del informe previo que debió ser emitido por la Contraloría.

El art. 195 de la Constitución faculta a la Fiscalía General del Estado para que ejerza la acción penal pública. El art. 211 de la Norma Suprema encarga a la Contraloría General del Estado el control de la utilización de los recursos estatales, y dentro de las facultades constitucionales de la Contraloría, establecidas en el art. 212. Específicamente el numeral 2 de este artículo hace mención de la determinación de responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal. Cabe resaltar que en la parte final de este numeral se menciona que “sin perjuicio a las funciones que en esta materia le son propias a la Fiscalía General del Estado”.

Pero con la resolución de la Corte Nacional de Justicia, y cuyo criterio fue incorporado en el COIP, queda patente el perjuicio a las funciones que le son propias a Fiscalía. Ésta no puede ejercer la acción penal pública con total libertad y autonomía en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, pues el simple hecho de que la Contraloría no practique el control de manera oportuna puede generar impunidad en este tipo de delitos y que por decirlo de algún modo, prescribirían en siete años, cuando la Contraloría pierda la facultad de ejercer control, impidiendo a Fiscalía formular cargos en contra de los funcionarios presuntamente responsables. Esta es la más notoria contradicción normativa, cuya aplicación ha generado varios inconvenientes a fiscales que se ven impedidos de perseguir este tipo de delitos.

Se debe mencionar que el informe de Contraloría con indicios de responsabilidad penal, hoy por hoy, se constituye en una herramienta jurídica para perseguir a determinados funcionarios y a otros no, como lo que ocurrió con Carlos Pólit Faggioni, quien desvaneció los indicios de responsabilidad penal en varios informes de exámenes especiales realizados a contratos celebrados con la empresa brasileña Odebretch, lo que obviamente impidió a la Fiscalía General del Estado investigar y accionar al aparato jurisdiccional en tan escandalosos hechos.

Por otro lado, el informe contiene indicios de responsabilidad penal, y por sí solo, no constituyen elementos suficientes para sustentar una formulación de cargos, o una acusación y mucho menos sostenerla en juicio; hace falta desplegar otras actividades investigativas cuyos resultados se conviertan en elementos suficientes para una formulación de cargos, pues el informe de Contraloría constituye un requisito de

procedibilidad, no un elemento probatorio que vaya a constituir prueba. Es por eso que la Fiscalía General del Estado, y bajo el principio de objetividad, al determinar en la investigación que no existe perjuicio para el Estado, o que no constituye delito, puede archivar la investigación o abstenerse de acusar, cuando se encuentre en Instrucción Fiscal, sin que se entienda con esto que se está generando impunidad. Y si así fuese, el fiscal que genera impunidad por una mala decisión, sea susceptible de investigación por esta conducta, y deberán establecerse las sanciones correspondientes. Pero no puede ocurrir que la misma norma genere impunidad, como es el caso de que la ley establezca como requisito de procedibilidad el informe de Contraloría con indicios de responsabilidad penal, pues se estaría propiciando inseguridad jurídica.

Con fecha 29 de septiembre de 2010, el Fiscal General de esa época, el Dr. Washington Pesantez Muñoz, presentó en la Corte Constitucional una acción pública de inconstitucionalidad de actos normativos mediante la cual solicitó que se declare la inconstitucionalidad de la totalidad de la resolución emanada por el pleno de la Corte Nacional de Justicia del 24 de febrero del 2010, publicada en el Registro Oficial Nro. 154 del 19 de marzo del 2010, relativo al ejercicio de las acciones penales por el cometimiento del delito de peculado y enriquecimiento ilícito.¹⁵⁹ Esto, de conformidad con lo que establece el artículo 436 numerales 2, 3, 4 de la Constitución de la República del Ecuador, donde sus principales argumentos fueron que se vulneraba el contenido de algunos artículos de la Constitución, tales como. Por ejemplo, el literal 1) del numeral 7 del artículo 76; los artículos 82 y 195; el numeral 2 del artículo 212; los artículos 233, 424, 425, 426 y 427 de la Constitución. Se expresa que la incompatibilidad normativa se había producido con motivo de la consulta que hiciera el Contralor General del Estado (e) a la Corte Nacional de Justicia, y que la mencionada acción fue innecesaria ya que las disposiciones del Código Penal no requerían ninguna interpretación.

Con fecha 11 de abril del 2012 avoca conocimiento la sala de admisión conformada por los jueces constitucionales Manuel Viteri Olvera, Edgar Zarate y Patricio Pazmiño. Este último, como ponente de la causa No-0053-10-IN, resolviendo inadmitir la acción pública de inconstitucionalidad. En su escueta motivación

¹⁵⁹ Corte Constitucional del Ecuador, Caso 0053-10-IN, Acción pública de inconstitucionalidad de actos normativos mediante la cual solicita que se declare la inconstitucionalidad de la totalidad de la resolución emanada por el pleno de la Corte Nacional de Justicia de 24 de febrero del 2010, publicada en el Registro Oficial Nro. 154 del 19 de marzo del 2010, relativo al ejercicio de las acciones penales por el cometimiento del delito de peculado y enriquecimiento ilícito.

determinan que no cumplía con lo que determina el artículo 79, numeral 5 literal b) de la Ley de Garantías Constitucionales. Según su razonamiento, el Fiscal General pretendía condicionar la capacidad de absolver la consulta que posee la Corte Nacional de Justicia de conformidad al artículo 180 numeral 6 del código Orgánico de la Función judicial, mencionando además la misión y visión del máximo organismo de control.

Una vez analizada la inadmisión de la acción pública de inconstitucionalidad propuesta por el Fiscal General de esa época Washington Pesantez, se puede inferir que los jueces constitucionales no hicieron un real análisis de la resolución de la Corte Nacional Nro. 154 del 19 de marzo del 2010. Hoy por hoy, al realizar una evaluación del trabajo de Contraloría General del Estado como máximo órgano de control de los recursos públicos en los últimos ocho años, sin lugar a dudas se puede concluir que jamás se fiscalizó ni auditó el empleo de millonarios montos de dineros públicos en obras. No se realizó un real análisis de los procesos de contratación pública. Si se hubiera dado paso a la acción de inconstitucionalidad, otro sería el panorama; se tendría una actuación más efectiva de la Fiscalía General del Estado.

Evaluada ya, desde el punto de vista constitucional, las competencias de la Contraloría General del Estado y las de la Fiscalía, y expuesto nuestro punto de vista en relación a la resolución de la Corte Nacional, consideramos oportuno precisar cuáles son las características de los delitos enmarcados en esta discusión de pertinencia de la resolución 154 de la Corte y su incidencia en la autonomía de la Fiscalía para conocerlos.

2.3.2. El delito de Peculado en el Código Orgánico Integral Penal

El peculado es definido como:

Un atentado contra el patrimonio económico del Estado que se caracteriza por su apoderamiento, su uso indebido y su indebida aplicación; peculado es la apropiación de las cosas públicas cometidas por una persona investida de algún cargo público, a la cual precisamente en razón de éste, le fueron entregados, con la obligación de conservarlas y devolverlas.¹⁶⁰

Maggiore señala que “Peculado (*peculat Amtsunterschiagung*) es la apropiación de dinero o de una cosa mueble, perteneciente a la administración pública, cometida por

¹⁶⁰ Washington Bolívar Burbano Campos, “El informe de la Contraloría General del Estado con indicios de responsabilidad penal y su incidencia en la impunidad de los delitos de peculado en Quito en el año 2012” (tesis de maestría, Universidad Tecnológica Indoamérica, 2015), 50-1.

un funcionario público o el encargado de un servicio público, que por razón de su cargo está en posesión de esos bienes”.¹⁶¹

Para Carrara el peculado es la “apropiación de cosas públicas cometida 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, las cosas de que se apropia”¹⁶².

El peculado, para Cabanellas, es la “sustracción, apropiación o aplicación indebida de los fondos públicos por aquel a quien está confiada su custodia o administración”.¹⁶³

En el Ecuador el legislador consideró al delito de peculado parte del Libro Primero, Capítulo Quinto denominado “Delitos contra la responsabilidad ciudadana”, Sección Tercera llamada “Delitos contra la eficiencia de la administración pública”, y lo tipificó en el artículo 278 en los siguientes términos:

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

Si los sujetos descritos en el primer inciso utilizan, en beneficio propio o de terceras personas, trabajadores remunerados por el Estado o por las entidades del sector público o bienes del sector público, cuando esto signifique lucro o incremento patrimonial, serán sancionados con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

La misma pena se aplicará cuando los sujetos descritos en el primer inciso se aprovechen económicamente, en beneficio propio o de terceras personas, de estudios, proyectos, informes, resoluciones y más documentos, calificados de secretos, reservados o de circulación restringida, que estén o hayan estado en su conocimiento o bajo su dependencia en razón o con ocasión del cargo que ejercen o han ejercido.

Son responsables de peculado las o los funcionarios o servidores públicos, las o los funcionarios, administradores, 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 y vigilancia de estas entidades, que con abuso de las funciones propias de su cargo: a) dispongan fraudulentamente, se apropien o distraigan los fondos, bienes, dineros o efectos privados que los representen; b) hubiesen ejecutado dolosamente operaciones que disminuyan el activo o incrementen el pasivo de la entidad; o, c) dispongan de cualquier manera el congelamiento o la retención arbitraria o generalizada de los fondos o depósitos en las instituciones del Sistema Financiero Nacional, causando directamente un perjuicio económico a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los

¹⁶¹ Giuseppe Maggiore, *Derecho Penal*, tomo III, (Bogotá: Editorial Temis, 1955), 160-1.

¹⁶² Luis Cueva Carrión, *Peculado*, 69.

¹⁶³ Guillermo Cabanellas, *Diccionario jurídico elemental*, Tomo VI, (Buenos Aires, HELIASTA S.R.L, 1993), 172.

bienes, fondos o dinero. En todos estos casos serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años.

Si los sujetos descritos en el inciso precedente causan la quiebra fraudulenta de entidades del Sistema Financiero Nacional, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años.

La persona que obtenga o conceda créditos vinculados, relacionados o intercompañías, violando expresas disposiciones legales respecto de esta clase de operaciones, en perjuicio de la Institución Financiera, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

La misma pena se aplicará a los beneficiarios que intervengan en el cometimiento de este ilícito y a la persona que preste su nombre para beneficio propio o de un tercero, aunque no posea las calidades previstas en el inciso anterior.

Las o los sentenciados por las conductas previstas en este artículo quedarán incapacitadas o incapacitados de por vida, para el desempeño de todo cargo público, todo cargo en entidad financiera o en entidades de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera.¹⁶⁴

El artículo transcrito describe diversas clases de peculado. El primer inciso se refiere al peculado general, el cual puede ser definido como la incorrecta administración de bienes públicos entregados a un funcionario público en virtud del cargo que ejerce, lo cual ocasiona una afección al patrimonio estatal. El inciso cuarto establece el peculado bancario, entendido este como aquella apropiación, distracción o disposición arbitraria y abusiva de bienes o fondos de la entidad financiera por uno de sus funcionarios, causando daños patrimoniales a los depositantes. Por disposición constitucional, las actividades financieras constituyen un “servicio de orden público”, para lo cual las instituciones que pretendan ejecutarlas requieren autorización estatal.

También incorpora el peculado por apropiación. Se configura esta especie cuando el servidor público se adueña, en beneficio propio o de terceros, de bienes o fondos públicos confiados a él en virtud de sus funciones. Su rasgo característico radica en el comportamiento del funcionario que demuestra su ánimo de señor y dueño al apropiarse del objeto.¹⁶⁵ Asimismo, el COIP sanciona en el inciso segundo el peculado por uso, es decir, el detrimento ocasionado a la administración pública por parte del funcionario estatal mediante la utilización indebida de recursos públicos, lo cual genera, en provecho suyo o de terceros, un incremento patrimonial. A diferencia del peculado por apropiación, en el presente tipo el sujeto activo reconoce la propiedad ajena que usa de forma prohibida con la intención de restituir los valores sustraídos.¹⁶⁶

¹⁶⁴ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 278.

¹⁶⁵ Lina María Higuera Rivera, *La responsabilidad penal del servidor público*. (Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2001), 72.

¹⁶⁶ *Ibíd.*, 78.

Ahora en cuanto al bien jurídico protegido, lo que intenta proteger es el correcto funcionamiento,¹⁶⁷ y la eficiencia de la administración pública, destinada a la prestación de servicios, y por consiguiente, el patrimonio estatal que sustenta tal propósito.

La administración pública no constituye el objeto de protección de la norma penal, sino la actividad de ella, es decir, la prestación de servicios públicos eficiente mediante el manejo idóneo de los recursos del Estado.¹⁶⁸ Esto se debe a que la Constitución de la República determina que la administración pública “constituye un servicio a la colectividad”, regido por el principio de eficiencia, cuya finalidad es la satisfacción de las necesidades de la población mediante servicios públicos que hagan efectivos el goce y ejercicio de los derechos constitucionales.¹⁶⁹

Los verbos rectores del delito de peculado son, *abusar*: jurídicamente entendido como el hecho de usar un poder, de una facultad de un derecho o una situación especial, como asimismo de una cosa u objeto, más allá de lo que resulta lícito, por la naturaleza o por la costumbre, y también con fines distintos de los autorizados por el ordenamiento legal¹⁷⁰”. Otro verbo es *apropiar*: adquisición de cosas ajenas o de nadie por acto unilateral del adquirente.¹⁷¹ También *distraer*: malversación de fondos, defraudación¹⁷²; *utilizar*: hacer servir una cosa para cierto fin¹⁷³; *aprovechar*: emplear útilmente algo, hacerlo provechoso o sacarle el máximo rendimiento¹⁷⁴; *obtener*: alcanzar, o conseguir y lograr algo que se merece, solicita o pretende¹⁷⁵; *conceder*: dar, otorgar, hacer merced

¹⁶⁷ Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal Parte Especial* Tomo III, 2ª edición actualizada y reestructurada (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2015), 293

¹⁶⁸ Jorge Zavala Egas, *Peculado General y Bancario*, 79.

¹⁶⁹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 226-7.

¹⁷⁰ Luis Cueva Carrión, *Peculado, Tomo I Teoría, Práctica y Jurisprudencia*, (Quito: Quito: Ediciones Cueva Carrión, 2006), 176.

¹⁷¹ Ramiro Salinas Siccha, *El delito de peculado en la legislación, jurisprudencia y doctrina peruana*, (Juez Superior Titular de Lima. Integrante de la Sala Penal Nacional con competencia nacional para juzgar a las personas que han cometido delitos por criminalidad organizada), 4.

¹⁷² Manuel Ossorio, *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*, 1ª Edición Electrónica.

¹⁷³ “Distraer”: Apartamiento de la atención. Malversación de fondos; defraudación. Enciclopedia Interactiva Santillana, edición electrónica.

¹⁷⁴ “Aprovechar”, Diccionario de la Real Academia de la Lengua. <http://del.rae.es/?id=3KFooIW>

¹⁷⁵ “Obtener”, Diccionario de la Lengua Española, edición electrónica en CD-Rom.

y gracia de algo.¹⁷⁶; *intervenir*: sobrevenir, ocurrir, acontecer¹⁷⁷; *prestar*: entregar algo a alguien para que lo utilice durante algún tiempo y después lo restituya o devuelva.¹⁷⁸

La acción u omisión de los funcionarios públicos y bancarios debe poner en peligro o producir resultados lesivos a un bien jurídico protegido. Por ello, para que dicho resultado de peligro o lesión sea sancionado se requiere una imputación normativa y valorativa a la conducta del sujeto. Normativa, porque el deber transgredido lo impone una norma legal; valorativa, ya que al comportamiento del autor de la infracción penal debe atribuirse un juicio de aceptación o desaprobación sobre el cumplimiento de la norma que origina la obligación.¹⁷⁹ En el peculado, el sujeto activo debe inobservar los deberes impuestos por la ley para el ejercicio de sus funciones y se debe verificar su intención de violentar la norma.

En lo referente a los sujetos activos, como se mencionó anteriormente, la norma penal exige que sea una persona con determinadas cualidades. Los incisos primero, segundo y tercero del artículo 278 se refieren a los servidores públicos y a aquellas personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado. Dicha disposición se complementa con los funcionarios pertenecientes a las instituciones señaladas en el artículo 225 de la Constitución.¹⁸⁰ En el inciso cuarto referente al peculado bancario, la norma establece como autores del delito a funcionarios, administradores, ejecutivos, empleados, miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de las instituciones del Sistema Financiero Nacional. Según el Código Orgánico Monetario y Financiero, dicho sistema está compuesto por el sector financiero público (bancos y corporaciones), sector financiero privado (bancos, entidades de servicios financieros y entidades de servicios auxiliares del sistema financiero) y sector financiero popular y solidario (cooperativas

¹⁷⁶ <http://del.rae.es/?id=A6X6Zm4>

¹⁷⁷ “Conceder”, Real Academia de la Lengua. <http://dle.rae.es/?id=LxRmruS>, Accedido el 15 de mayo de 2018.

¹⁷⁸ “Prestar”, Real Academia de la Lengua. <http://dle.rae.es/?id=U799kM9>. Accedido el 15 de mayo de 2018.

¹⁷⁹ Jorge Zavala Egas, *Peculado General y Bancario*, 85.

¹⁸⁰ Dicho artículo prescribe: “El sector público comprende: 1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social; 2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado; 3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado; 4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.”

de ahorro y crédito, cajas centrales, entidades asociativas o solidarias, cajas y bancos comunales y cajas de ahorro).¹⁸¹ Todos los funcionarios pertenecientes a las instituciones antes descritas son sujetos activos de peculado. Por la naturaleza del delito, es posible la existencia de autoría directa, mediata, coautoría y complicidad.

El art 233 de la Constitución establece lo siguiente:

Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.¹⁸²

Asimismo, en la Resolución 480-02, se menciona:

En este sentido, la doctrina todavía discute si se puede considerar coautor o cómplice de esos delitos a la persona que no tenga la calidad de servidor público o representante de elección popular, pero participe en su perpetración o en sus resultados. Quienes sostienen la tesis positiva se sustentan en la necesidad de impedir la impunidad, pero que debe salvarse el principio de la unidad delictiva, que hace que el acto punible sea el mismo para todos los participantes y sea por tanto el mismo tipo penal aplicable para unos y otros.¹⁸³

Es por esto que se aplica al caso el principio de la comunicabilidad de los elementos del delito al coautor o al cómplice ‘extraneus’ a la calidad del sujeto activo que exija el tipo penal específico, y concluyen que pueden ser coautores o cómplices del delito que requiera sujeto activo cualificado quienes participen sin tener tal cualidad, y según la naturaleza de su intervención: determinante, principal y directa para configurar coautoría; o secundaria e indirecta, para determinar complicidad.¹⁸⁴

El objeto material sobre el cual recae la infracción es todo bien sobre el cual la administración del Estado ejerce un derecho de disposición para satisfacer necesidades de la colectividad.¹⁸⁵ El inciso primero hace referencia a los bienes, dineros y efectos de carácter público. El inciso tercero prescribe un objeto especial, esto es, estudios, proyectos, informes, y en general documentos calificados de secretos, reservados o de circulación restringida. El inciso cuarto se refiere al “patrimonio del público”, es decir, los bienes y dineros de los ciudadanos depositados en las instituciones del sistema financiero.

¹⁸¹ Ecuador, *Código Orgánico Monetario y Financiero*, Registro Oficial No. 332, 12 de septiembre de 2014, art. 160-1-2-3.

¹⁸² Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art.233

¹⁸³ Registro Oficial No. 111, 25 de Junio 2003, Normativa Vigente - 16-XII-2002 (Resolución No. 480-02, Primera Sala, R.O. 111, 25-VI-2003).

¹⁸⁴ *Ibíd.*

¹⁸⁵ Jorge Zavala Egas, *Peculado General y Bancario*, 108.

En lo referente al tipo subjetivo, el COIP exige que la conducta del sujeto activo del delito de peculado sea dolosa, es decir, el servidor público conoce, en el momento del cometimiento de la infracción penal, que su comportamiento es típico, antijurídico y culpable, lo cual produce un daño al bien jurídico penalmente protegido. Dicho cuerpo normativo no tipifica el peculado culposo.

El inciso último del artículo 581 del COIP determina que para el ejercicio de la acción penal por parte de la Fiscalía General del Estado, en el caso de los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, “constituye un presupuesto de procedibilidad que exista un informe previo sobre indicios de la responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado, cuando el objeto de la infracción sea recursos públicos”¹⁸⁶. Los requisitos de procedibilidad son aquellas condiciones prescritas por la ley para que el titular de la acción penal puede ejercerla en contra del responsable de la conducta típica. Sin el cumplimiento de las indicadas exigencias, el proceso penal no puede iniciar, o de haber empezado, no es posible la prosecución del mismo.¹⁸⁷

El texto original del artículo mencionado no contenía la referencia a que el objeto material del delito deben ser recursos públicos para que sea necesario el informe previo de Contraloría. Tras la reforma del 30 de septiembre del 2015 se agregó aquello, limitando la exigencia de dicho presupuesto al delito de peculado general, esto es, a las conductas tipificadas en los incisos primero, segundo y tercero del artículo 278, ya que los demás párrafos aluden al peculado bancario. Es conveniente la incorporación del enunciado mencionado *ut supra* pues, al referirse el artículo 278 del COIP a diversas clases de peculado, se presentaba la confusión de si la Contraloría era también competente para determinar indicios de responsabilidad penal a funcionarios de instituciones del sector financiero privado.

Para comprender la aplicación del artículo 581 del COIP, es preciso determinar, según el ordenamiento jurídico, qué se entiende por recursos públicos. El artículo 3 de la LOCGE dispone que aquellos son:

todos los bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de

¹⁸⁶ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, en Registro Oficial, Suplemento No. 180, 10 de febrero de 2014, art 581.

¹⁸⁷ Washington Burbano Campos, “El informe de la Contraloría General del Estado con indicios de responsabilidad penal y su incidencia en la impunidad de los delitos de peculado en Quito en el año 2012” (tesis de maestría, Universidad Tecnológica Indoamérica, 2015), 42.

préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título realicen a favor del Estado o de sus instituciones, personas naturales o jurídicas u organismos nacionales o internacionales.

Dicha especificación permite delimitar el campo de acción de la Contraloría General del Estado respecto del ejercicio de sus facultades de control y fiscalización.

2.3.3. Caducidad del ejercicio de control administrativo frente a la imprescriptibilidad del delito peculado

La caducidad constituye una figura aplicable en el ámbito procesal, la cual imposibilita el ejercicio de un derecho o facultad debido al transcurso del tiempo determinado en la ley.¹⁸⁸ El propósito de aquella es garantizar el derecho a la seguridad jurídica reconocido en la Constitución, el cual se manifiesta en la certeza que las personas tienen sobre el futuro ejercicio de los derechos subjetivos.

En la relación jurídica existente entre el Estado y el servidor público se presentan situaciones en las cuales este último puede ocasionar perjuicios a la administración pública. Si bien el funcionario es responsable por aquellas faltas cometidas al ejercer su cargo, aquel no puede permanecer en indefinida zozobra ya que esto le produciría afecciones en su vida, impidiendo el ejercicio de diversos derechos reconocidos a su favor tales como el libre desarrollo de la personalidad, la integridad personal, vida digna, etc. Por ello, el inciso primero del artículo 71 de la LOGGE prescribe:

La facultad que corresponde a la Contraloría General del Estado para pronunciarse sobre las actividades de las instituciones del Estado, y los actos de las personas sujetas a esta Ley, así como para determinar responsabilidades, caso de haberlas, caducará en siete años contados desde la fecha en que se hubieren realizado dichas actividades o actos.

En otros términos, a partir del séptimo año después de haber cometido el servidor público la falta que genera su responsabilidad, se extingue la potestad del organismo técnico superior de control para determinar aquella. Tras cumplirse el plazo establecido, la Contraloría carece de facultad para efectuar auditorías o exámenes especiales que permitan establecer indicios sobre la existencia del menoscabo a la institución estatal y la presunta responsabilidad del funcionario. Ello permite la

¹⁸⁸ Richard Roberto King Hurtado, *Los Informes de Contraloría como Requisito de Procedibilidad para el Juzgamiento del Delito de Peculado* (tesis de maestría, Universidad San Francisco de Quito, 2017), 44.

materialización del principio de eficiencia de la administración pública, pues exige al órgano de control actuar con celeridad en el ejercicio de sus facultades de vigilancia y fiscalización.

Por otro lado, para comprender el término imprescriptibilidad, es necesario referirse a los conceptos de acción y prescripción. La acción es la facultad o poder jurídico que la ley otorga a un individuo para promover un proceso en el cual se verifique la violación de su derecho; por ello se afirma que a cada derecho le corresponde una acción que lo tutela. La prescripción es una figura procesal cuyo propósito consiste en extinguir, por el transcurso del tiempo y la inactividad del titular del derecho, la acción que éste posee. Por lo tanto, la imprescriptibilidad impide la extinción de la acción que protege determinado derecho o bien jurídico.

Si bien el COIP establece, de forma general, la prescripción de la acción penal y la pena para los delitos; también determina de forma expresa que tanto la acción como la pena en el delito de peculado son imprescriptibles.¹⁸⁹ Además, el inciso segundo del artículo 233 de la Constitución de la República dispone lo siguiente:

Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.

Es evidente que la voluntad del constituyente fue imposibilitar, por cualquier medio, la falta de juzgamiento de los delitos citados pues a más de la imprescriptibilidad, ordenó la sustanciación de los procesos aunque los presuntos responsables no acudan al mismo. Ello obedece a la protección especial que aquel atribuyó a los recursos estatales, los cuales son considerados medios al servicio de la colectividad para la satisfacción de sus derechos, así como la concreción del respeto a la Constitución, norma que exige a los ecuatorianos “administrar honradamente y con apego irrestricto a la ley el patrimonio público”.¹⁹⁰

Sin embargo, existe una antinomia jurídica respecto de las normas que regulan el delito de peculado. Como ya se mencionó anteriormente, la facultad determinadora de

¹⁸⁹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 16.

¹⁹⁰ Asamblea Constituyente, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 83, núm. 8.

indicios de responsabilidad penal de la Contraloría General del Estado se manifiesta a través de la emisión de informes, los cuales, según el artículo 581 del COIP, constituyen un presupuesto al ejercicio de la acción penal por parte de la Fiscalía en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito. No obstante, ello genera un conflicto normativo pues, realizando una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico ecuatoriano, los citados ilícitos no podrían ser investigados por la Fiscalía sino tras haber emitido la Contraloría el informe que determine la existencia de indicios sobre el cometimiento de ellos, pudiendo el órgano de control únicamente manifestarse sobre tales indicios en un plazo de siete años. Es decir, transcurrido el tiempo señalado, la infracción cometida por el servidor público no puede ser sujeta a investigación en el ámbito administrativo (mediante auditorías o exámenes especiales) ni penal (a través de un proceso contencioso).

El 26 de julio de 2016, el Abogado Raúl Alberto Cabanilla Oramas presentó ante la Corte Constitucional del Ecuador una Acción Pública de Inconstitucionalidad, signada con el número 0050-16-IN.¹⁹¹ El antes mencionado profesional del derecho interpone la inconstitucionalidad por el fondo sobre la disposición contenida en el último inciso del número 3, del artículo 581 del Código Orgánico Integral Penal. En dicho inciso se dispone que para el ejercicio de la acción penal pública en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, constituye un presupuesto de procedibilidad el informe previo con indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado.

El argumento esgrimido por el demandante es que la norma legal antes mencionada es incompatible con la normativa constitucional del artículo 233, en la que califica de imprescriptibles los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, refiriéndose a la caducidad y prescripción establecidas en el artículo 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. En ella se menciona que solo podrán ser perseguidos durante siete años contados desde la fecha en que se hubiera cometido el ilícito, haciendo prescriptible estos delitos y quedarían en la impunidad. Es decir, transcurridos siete años desde el cometimiento del delito, la Contraloría tendría una imposibilidad legal para emitir el informe previo con indicios de responsabilidad penal,

¹⁹¹ Corte Constitucional del Ecuador, <http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/a0892942-1b5b-4bd3-883a-fd2a98f5a92b/0050-16-in-auto.pdf?guest=true>. Accedido el 11 de mayo de 2018.

con lo cual Fiscalía no podría perseguir estos delitos. Por esta razón, solicita a los jueces constitucionales, ante esta contradicción normativa, que se declare la inconstitucionalidad del presupuesto de procedibilidad contenido en el último inciso del numeral 3 del artículo 581 del Código Orgánico Integral Penal. Con fecha 16 de noviembre de 2016, la Corte Constitucional admitió a trámite la demanda y desde esa fecha hasta ahora, no ha resuelto ni ha emitido algún tipo de pronunciamiento al respecto. Con lo cual, no se estaría brindando la tutela judicial efectiva al demandante respecto a la inquietud que le aqueja, y que concuerda con uno de los problemas abordados en el presente trabajo investigativo. Esta contradicción normativa que genera un alto riesgo de impunidad tampoco ha sido preocupación Asamblea Nacional; este tema de gran relevancia puede ser abordado en otra investigación académica.

2.4 El informe con indicios de responsabilidad penal como limitante del ejercicio público de la acción penal

A partir de la resolución emitida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia el 24 de febrero de 2010, publicada en el Registro Oficial N°154 de 19 de marzo de 2010, se establece como requisito previo para el ejercicio de la acción penal, en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, el establecimiento de indicios de responsabilidad penal por parte de la Contraloría General del Estado. Posteriormente, el legislador ecuatoriano incorpora en el Código Orgánico Integral Penal, lo señalado por la Corte Nacional, incluyendo que la determinación que deba realizar la Contraloría General del Estado constituya un presupuesto de procedibilidad para ejercer la acción penal pública cuando un funcionario del Estado, en beneficio propio o de terceros, abuse, se apropie, distraiga o disponga arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o privados.

El último inciso del artículo 581 del COIP violenta normas y principios constitucionales, pues limita las facultades atribuidas a la Fiscalía General del Estado, y como consecuencia genera inseguridad jurídica; violenta el principio de supremacía constitucional e inobserva las garantías normativas. Por ello, la finalidad del presente apartado es argumentar sobre la inconstitucionalidad del citado texto legal.

El artículo 195 de la Constitución de la República determina a la Fiscalía General del Estado como órgano director de la investigación preprocesal y procesal penal, el cual ejercerá la acción penal pública en los procesos con atención al interés público. Aquello constituye una garantía ciudadana, pues las personas conocen que, al cometer un delito, la única entidad capaz de indagar dicha comisión es la Fiscalía, porque a ningún otro organismo del Estado le ha sido atribuida la titularidad de la acción penal, ni la potestad de investigar delitos. Además, en virtud del principio de legalidad administrativa establecido en el artículo 226 de la Constitución, se infiere que el único competente para aquello es la Fiscalía.

Por otro lado, el artículo 194 de la norma fundamental señala que aquella es un órgano único e indivisible. Esto es, ha sido privativamente investida por la Constitución con la competencia para la indagación del cometimiento de ilícitos penales y el consiguiente ejercicio de la acción penal pública. Por ello, al requerirse que, antes del ejercicio de sus funciones exclusivas, exista un informe de Contraloría que determine indicios de responsabilidad penal.

En los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, el legislador restringe la potestad de la Fiscalía como órgano director de la investigación preprocesal, pues impide averiguar la comisión del delito de peculado cuando, mediante el inicio de la fase de investigación previa prevista en el artículo 580 del COIP, el Fiscal tenga noticias de aquello según las diversas formas de conocer la infracción penal. Es decir, se limita la facultad del fiscal para determinar en la etapa preprocesal, de oficio o a petición de parte (denuncia), si la conducta investigada constituye un delito que lesiona un bien jurídico, así como la identidad del autor de dicho comportamiento.

Es decir que el legislador, al establecer el informe de Contraloría con indicios de responsabilidad penal como requisito de procedibilidad, se convierte el mismo en un muro de contención que impide el libre ejercicio de la acción penal y su correspondiente desarrollo. Además, contribuye a la impunidad en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, puesto que al no poder accionar oportunamente la acción penal la Fiscalía, hasta que la Contraloría se pronuncie, los delincuentes de cuello blanco cuentan con todo el tiempo para evadir la acción de la justicia y disfrutar de los frutos del delito en otros países.

El artículo 82 de la *norma normarum* prescribe que el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a ella, así como en la presencia de “normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”. En el caso del peculado, no existe claridad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, ya que la Constitución establece la imprescriptibilidad del delito de peculado, mientras la facultad determinadora de la Contraloría General del Estado caduca en siete años. Por ello, al exigirse como presupuesto al ejercicio de la acción penal un informe que determine indicios de responsabilidad penal, una vez haya transcurrido siete años, la Contraloría está imposibilitada para establecer elementos de los cuales se presume el cometimiento del ilícito referido, lo cual impide a la Fiscalía ejercer la acción penal pública de manera libre.

Aquella situación permite que un mandato constitucional sea limitado por una norma legal, es decir, el principio de supremacía de la Constitución es violentado. El artículo 424 de la norma fundamental dispone que ninguna norma del ordenamiento jurídico puede prevalecer sobre ella, así como la obligación de las normas infra constitucionales de mantener conformidad con la norma suprema o carecerán de eficacia jurídica, es decir, no son normas válidas. El segundo inciso del artículo 425 señala que, en caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, el criterio para solucionar aquel es la aplicación de la norma jerárquica superior. En el delito de peculado existe disconformidad entre lo señalado en el COIP, la LOCGE y la Constitución. De acuerdo a las disposiciones constitucionales señaladas, el inciso último del artículo 581 del COIP carece de eficacia jurídica por limitar facultades atribuidas constitucionalmente a la Fiscalía General del Estado.

La aplicación del artículo 581 del COIP viola el principio de legalidad administrativa establecido en el artículo 226 de la norma fundamental; a saber, que los organismos del Estado solamente ejercerán aquellas facultades y competencias establecidas en la Constitución y la ley. Según el artículo 212 de la *norma normarum*, es función del órgano técnico superior de control “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”.

Por ello, cabe diferenciar entre la facultad administrativa para determinar indicios de responsabilidad penal atribuida a la Contraloría General del Estado y la potestad penal de la Fiscalía General del Estado para investigar delitos. Del artículo citado es posible inferir que la Constitución define claramente el ámbito de competencia del órgano de control, es decir, determinar que a la conducta del servidor público podría imputarse la comisión de un delito.

A continuación, el constituyente estableció que las facultades de la Contraloría se ejercerán sin perjudicar las potestades de la Fiscalía, esto es, la investigación preprocesal y procesal penal de los delitos, así como el ejercicio de la acción penal pública. Al aplicar el artículo 581 del COIP, el legislador permitió un conflicto entre las atribuciones de ambos órganos estatales, pues mientras la Contraloría no emita el informe que determine indicios de responsabilidad penal, la Fiscalía no puede ejercer la acción penal pública a través de la formulación de cargos ante la presunta comisión de un delito de peculado o de enriquecimiento ilícito. Ello ocasiona la intromisión del órgano de control (facultado únicamente para determinar indicios) en el desarrollo de las funciones constitucionales del órgano titular de la acción penal pública (investigación penal sobre la comisión de un delito).

El artículo 84 de la norma fundamental reconoce ciertas garantías normativas, esto es, la actividad del legislador, en el proceso de elaboración de leyes. Al hacerlo, deben adecuar las normas jurídicas a los derechos establecidos en la *norma normarum*. En el presente caso, la Asamblea Nacional violentó aquellas ya que, según el artículo 227 de la Constitución, las personas tienen derecho a una administración pública eficiente, al servicio de la colectividad, cuyo fin es hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos constitucionales. Como ya se mencionó *ut supra*, la aplicación de los artículos 581 del COIP y 77 de la LOCGE impide que la falta del servidor público sea investigada administrativa y penalmente tras siete años, lo cual genera afección a los recursos estatales y, por consiguiente, un perjuicio a la satisfacción de derechos de los ciudadanos mediante el patrimonio público.

La voluntad del legislador constituyente no puede ser restringida por el legislador ordinario. El poder que el soberano (el pueblo) ha otorgado al constituyente (Asamblea Nacional Constituyente) es supremo y originario, y en el ejercicio de tal autoridad, este ha decidido que las leyes de un país serán elaboradas por el órgano

legislativo (Asamblea Nacional). Este último no puede modificar lo establecido por el poder supremo ya que carece de facultades semejantes. Por lo tanto, la Asamblea Nacional, al expedir el COIP carecía de la facultad para, mediante un requisito formal (informe de Contraloría), condicionar la imprescriptibilidad del delito de peculado y el ejercicio de las potestades constitucionales de la Fiscalía.

Quedó evidenciado, durante el desarrollo de este trabajo investigativo, que al establecerse el informe de Contraloría con indicios de responsabilidad penal como requisito de procedibilidad mediante ley, se impide el libre desarrollo de la acción penal pública de la Fiscalía General del Estado, que constitucionalmente le ha sido otorgado. Más aún cuando genera como efecto no solo la controversia entre las dos instituciones, sino también impunidad cuando por efecto del tiempo, la facultad administrativa de la Contraloría de emitir un informe caduca en siete años. En pocas palabras, si en siete años la Contraloría no emite el informe, la Fiscalía no podrá formular cargos, a pesar de que los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito tienen la calidad de imprescriptibles, según la Constitución y la ley.

En este punto es importante mencionar que la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, el día 07 de noviembre de 2011, dentro del recurso de casación N° 0854-2011, ya hace alusión a que el informe de Contraloría General del Estado -en el cual se establece indicios de responsabilidad penal en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito- no constituye un requisito de procedibilidad, sino más bien uno de perseguibilidad, y que los mismos no tienen incidencia con la antijuridicidad y culpabilidad. Así lo menciona la resolución *ut supra*:

el examen especial o la auditoría de la Contraloría General del Estado, como se deja analizado, es un requisito de perseguibilidad porque la actuación del órgano contralor es independiente del tipo, no tiene nada que ver con la antijuridicidad, ni con la culpabilidad, sin embargo, debe mediar la determinación de la existencia de indicios de responsabilidad penal por parte de la Contraloría, en virtud de que la Constitución le ha atribuido dicha facultad de forma exclusiva (...) Las condiciones de perseguibilidad son distintas de los presupuestos o requisitos de procedibilidad porque, mientras en éstas se torna necesario la intervención del Órgano Contralor para la determinación de un indicio, los presupuestos de procedibilidad conllevan a un procedimiento generalmente previo que la ley ha previsto como requisito necesario para remover un óbice procesal¹⁹²

El 17 de enero de 2018, la Secretaria General de la Asamblea Nacional remite al pleno el informe no vinculante para primer Debate del Proyecto de la Ley Orgánica de

¹⁹² Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia” N° 066-15-SEP-CC, Caso N° 0377-12-EP, 11 de marzo del 2015.

Lucha contra la Corrupción, a fin de que sea puesto en conocimiento del pleno de la Asamblea Nacional. Y dentro de los temas a ser debatidos se encuentra la propuesta de eliminación del requisito de procedibilidad para el inicio de un proceso penal por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito previsto en el artículo 581 del COIP. Es así que los señores asambleístas establecieron la necesidad de observar este punto a fin de dotar de mayor eficiencia en la persecución de las infracciones penales que se relacionan con temas de corrupción, por lo que se decidieron acoger el criterio del Defensor Público, quien propuso que este requisito siga siendo necesario pero no para iniciar el proceso penal, sino para formalizar una acusación fiscal. Es así que se ha determinado por la Asamblea Nacional que la normativa penal vigente entorpece el ejercicio público de la acción penal.

A fin de hacer patente las contradicciones normativas del control gubernamental del uso de recursos de la Administración Pública frente al ejercicio de la acción penal pública, se ha tomado como base el análisis del caso conocido como “Mochila Escolar”, ocurrido en el año de 1996, en la Presidencia de la República de Abdalá Bucaram Ortiz, fecha en la cual no era exigible el informe de Contraloría con indicios de responsabilidad penal.

Capítulo Tercero

Análisis Jurídico del Proceso Penal No 16-97, conocido como “Mochila Escolar”

Los hechos del caso “Mochila Escolar” se desarrollaron en los años 1996 y 1997, tiempo en el que no existía en la normativa penal vigente el requisito de procedibilidad del informe con indicios de responsabilidad penal de la Contraloría General del Estado, para iniciar un proceso penal formal en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito. Sin embargo, esta causa penal es objeto de análisis por algunas razones. A saber: el papel de la Contraloría General del Estado, de conformidad a la Ley de Contratación Pública vigente a la fecha, era más preponderante y efectivo, ya que se realizaba un control previo de conformidad al artículo 65 de la mencionada norma legal. Era requisito, antes de la celebración de contratos por parte del Estado, un informe emitido por la máxima autoridad de control para determinar la legitimidad de las operaciones, su legalidad con el propósito de precautelar la correcta administración de los recursos públicos. Este informe fue solicitado por la entonces Ministra de Educación Sandra Correa. En respuesta, éste contó con los antecedentes, obligaciones de la entidad contratante, observaciones que se hicieron al proyecto de contrato.

En conclusión, el informe fue favorable para que se realice la contratación del denominado proyecto “Mochila Escolar”. Luego de la suscripción y celebración del contrato, la Contraloría efectivizó su facultad de control, al realizar un examen ulterior a través de auditoría gubernamental, con el objeto de determinar el grado de cumplimiento de las disposiciones legales, los resultados de la gestión y la adecuada utilización y aprovechamiento de los recursos públicos. Esto dio como resultado un informe con indicios de responsabilidad penal. Este se ejecutó luego del inicio formal del proceso penal.

En cuanto al rol que desempeñó la Fiscalía en el caso analizado, se establece que ejerció la acción penal sin ningún impedimento, e instauró un proceso penal formal sin necesidad de un pronunciamiento del máximo órgano de control. Desarrolló las funciones de dirección y promoción de la investigación pre procesal y procesal penal, meses después de acontecido el presunto hecho delictivo. Recogió elementos y acusó a

los presuntos infractores ante el Juez competente e impulsó la acusación en la sustanciación del juicio penal hasta la obtención de una sentencia condenatoria.

Como se podrá verificar en el desarrollo de este capítulo, tanto la Contraloría General del Estado, así como la Fiscalía ejercieron sus facultades y atribuciones sin que las unas perjudiquen a las otras. Es decir, se realizó los controles gubernamentales previo y posterior, de los recursos públicos; se excitó la acción penal sin que exista ninguna interferencia entre las facultades de ambas instituciones. El informe de Contraloría no fue indispensable para el ejercicio de la acción penal pública, toda vez que a pesar de no haber contado la Fiscalía con este informe al tiempo de la excitación, el proceso se llevó a cabo con toda regularidad. Este examen especial de auditoría gubernamental fue realizado en el transcurso del proceso, siendo explícita la sentencia condenatoria al establecer que dicho informe no es un requisito de procedibilidad para la acción penal.

Finalmente, del análisis de este caso se infiere que los procesos penales formales se venían desempeñando sin ningún contratiempo procesal y con toda normalidad. Esto nuevamente nos permite aseverar que el pronunciamiento de la Corte Nacional en el año 2010, en relación al requisito de procedibilidad y su posterior incorporación en el año 2014 en el Código Orgánico Integral Penal, se ha constituido en un elemento de retardo procesal que no favorece a los intereses colectivos del Estado ecuatoriano, ya que ha generado impunidad en algunos casos y en otros falta de respuesta efectiva a los grandes hechos de corrupción, permitiendo incluso que los responsables evadan la justicia huyendo del país.

3.1 Antecedentes del caso “Mochila escolar”

Como parte de la política social de su gobierno, el expresidente Abdalá Bucaram Ortiz impulsa, dentro del Plan de Desarrollo 1996-2000, el Programa “Mochila escolar gratuita”, con el propósito de mejorar la precaria situación de la educación en sectores pobres del país. A raíz de ello, la empresa colombiana Promotora de Intercambio S.A. envía una comunicación el 13 de septiembre de 1996 con la cual plantea al expresidente el desarrollo de varios proyectos con el fin de apoyar el Plan Social del gobierno. Entre ellos: mochila escolar, textos escolares, programa móvil de salud escolar, bibliotecas, suministro de medicamentos esenciales, restaurantes escolares, etc. Además, una oferta

de financiamiento por un valor de cuarenta millones de dólares para efectos del mismo.¹⁹³

El 23 de septiembre de 1996, mediante oficio se acepta la propuesta previo cumplimiento de los requisitos legales. Se remite entonces la oferta técnica y financiera del Programa “Mochila escolar” a la entonces titular del Ministerio de Educación y Cultura, Sandra Correa León, quien es designada responsable de los antedichos proyectos.

Antes de la suscripción del contrato de compraventa de bienes escolares entre la Licenciada Correa con la Promotora de Intercambio S.A., se emitieron los siguientes documentos:¹⁹⁴

- Decreto Ejecutivo No. 197 del 15 de octubre de 1996, a través del mismo el expresidente Bucaram dispone la creación del programa “Mochila escolar” Gratuita para las regiones Sierra y Oriente. Asimismo, se establece, para la realización del contrato, la aplicación de exoneración de los procedimientos precontractuales previstos en el literal a) del art. 6¹⁹⁵ de la Ley de Contratación Pública por parte de la Ministra de Educación y Cultura.
- Acuerdo Ministerial No. 1337 del 25 de octubre de 1996 expedido por la Ministra Correa por el cual, invocando causales de emergencia, aplica el Art. 6, literal a) de Ley de Contratación Pública, exonerando los procedimientos precontractuales requeridos para la celebración del contrato.
- Acuerdo Ministerial No. 1462 de 30 de octubre de 1996 por parte de Sandra Correa, por medio del cual se adjudicó el contrato a la empresa Promotora de Intercambio S.A. para la realización del proyecto.
- Informe de la Procuraduría General del Estado de 5 de noviembre de 1996 mediante oficio No. 1746, suscrito por el procurador Dr. Leónidas Plaza

¹⁹³ Ecuador: Contraloría General del Estado, CGE. “Informe de presunción de responsabilidad penal a los contratos suscritos entre el Ministerio de Educación y Cultura y el Ministerio de Finanzas y Crédito Público, para la provisión de bienes y financiamiento con la firma Promotora de Intercambio S.A. para los programas: “Mochila escolar” Gratuita; Unidades Médicas Móviles; Textos Escolares y Bibliotecas; y, Restaurantes Escolares, en los procesos precontractual y suscripción del contrato, por el período comprendido entre el 15 de octubre de 1996 y 28 de febrero de 1997”, Informe No. 021-DA2-97 (5 de mayo de 1997), 5.

¹⁹⁴ *Ibíd.*, 7.

¹⁹⁵ Art. 6.- EXCEPCIONES.- Se exceptúan de los procedimientos precontractuales los siguientes contratos: a) Los que sean necesarios para superar emergencias graves que provengan de fuerza mayor o caso fortuito y que sólo sirvan para solucionar los daños que aquéllas hayan producido o prevenir los que puedan suscitar. (Ecuador, *Ley de Contratación Pública*, Registro Oficial No. 501, 16 de agosto de 1990,

Verduga el cual resulta favorable para el proyecto de contrato puesto a su consideración.

- Informe de la Contraloría General del Estado de 5 de noviembre de 1996, en oficio reservado No. 000004, emitido por el Dr. Fernando Rosero Gonzáles, en el cual se da paso para que se proceda al trámite del contrato. En el mismo, se efectúa una recomendación respecto al cumplimiento de los requisitos para la suscripción del crédito externo y sus garantías dispuestos en la Ley respectiva.
- Mediante Decreto Ejecutivo No. 292 del 8 noviembre de 1996, el expresidente de la República autorizó la suscripción del contrato con la empresa colombiana efectuada por la Ministra de Educación.

Posteriormente, el 11 de noviembre de 1996, se procede a celebrar el contrato de compraventa de bienes necesarios para el programa “Mochila escolar”. Adicionalmente, el 29 de noviembre del mismo año se suscribe el crédito de proveedor entre la Promotora de Intercambio S.A y el Ministerio de Educación y Cultura, por el monto de cuarenta millones de dólares propuesto por la empresa anteriormente para financiar la adquisición de los mismos.¹⁹⁶

Ulteriormente, se realiza un examen de los procedimientos realizados. Se establece, en el examen especial efectuado por la Contraloría General del Estado de la fase previa y suscripción del contrato, que no se observaron las disposiciones y normas pertinentes. Se produjeron indagaciones de los procedimientos llegándose a determinar que la Ministra Sandra Correa cometió delito de peculado por sobreprecio.

¹⁹⁶ Ecuador: Contraloría General del Estado, CGE. “Informe de presunción de responsabilidad penal”, 7.

3.2. Decreto Ejecutivo, el contrato e informes previos para la suscripción de Procuraduría y Contraloría - Suscripción –Ejecución Art. 65 Ley de Contratación

3.2.1. Decreto Ejecutivo

Luego de la propuesta efectuada por la empresa colombiana para financiar y proveer al gobierno ecuatoriano de bienes escolares, el exmandatario Bucaram emite el Decreto Ejecutivo No. 197 con fecha 15 de octubre de 1996, mediante el cual dispone que se lleve a cabo el proyecto “Mochila escolar” Gratuito, destinado para los estudiantes de establecimientos fiscales de escasos recursos, en las regiones Sierra y Oriente. En el documento establece la necesidad de adoptar medidas de atención prioritaria y “urgente”, pues la pobreza que afecta a las familiar pondría en una situación de emergencia a dichas zonas dentro del sector de la educación. En razón de ello, el Presidente mediante el decreto faculta a la Ministra de Educación la aplicación de la exoneración de los procedimientos precontractuales para efectos de celebración del contrato, acogándose al Art. 6, causal a) de la Ley de Contratación Pública y en relación a los Arts. 3 y 4 del reglamento de la mencionada ley.¹⁹⁷

Sustentada en el Decreto Ejecutivo, la Ministra Sandra Correa emite el Acuerdo Ministerial No. 1337 el 25 de octubre de 1996, en el cual, teniendo en cuenta los considerandos expuestos por el presidente en el mencionado documento, determina la existencia de la excepción mencionada y establece la celebración del contrato omitiendo de los procedimientos precontractuales prevista en el literal a) del artículo 6 de la Ley de Contratación Pública.¹⁹⁸

No obstante, el 6 de noviembre de 1996 se autoriza la suscripción del contrato con la empresa colombiana según los términos examinados y admitidos por la Contraloría y Procuraduría General del Estado por medio del Decreto Ejecutivo No. 292. En la parte correspondiente a los considerandos se indica que luego de efectuar un análisis e informe de la Comisión Técnica de las ofertas presentadas, se adjudicó a Promotora de Intercambio S.A. el contrato para adquirir los bienes para el proyecto

¹⁹⁷ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 197*, Registro Oficial No.197, 15 de octubre de 1996.

¹⁹⁸ Ecuador: Contraloría General del Estado, CGE. “Informe de presunción de responsabilidad penal”, 12.

“Mochila escolar”.¹⁹⁹ Además, en la misma sección del Decreto No. 292 se señala que la exoneración se efectuará por la causal e) del Art. 6 de la antedicha ley.²⁰⁰

3.2.2. Informes previos para la suscripción de Procuraduría y Contraloría- Suscripción-Ejecución Art. 65 Ley de Contratación

Como requisito previo y necesario para la celebración del respectivo contrato, en virtud del Art. 65²⁰¹ de la Ley de Contratación Pública, la Ministra de Educación, Sandra Correa, mediante oficios No. 399-DM-96 y 400-DM-96 de 30 de octubre de 1996, solicita a la Procuraduría y Contraloría General del Estado los informes pertinentes, quienes lo emiten el 5 de noviembre de 1996.

3.2.2.1 Informe de la Procuraduría General del Estado²⁰²

El Procurador General del Estado, Dr. Leónidas Plaza Verduga emite su informe favorable a la suscripción del contrato. Dentro del mismo hace constar los antecedentes, obligaciones de la entidad contratante, observaciones al proyecto de contrato, y el informe.

Respecto a las obligaciones, en referencia a la contratación pública, indica que la responsabilidad del cumplimiento de las correspondientes disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como la calificación de la causa con la que se aplica la exoneración de los procedimientos precontractuales en la efectuación del contrato y la aceptación de garantías y estricta ejecución, corresponden a la máxima autoridad del Ministerio de Educación y Cultura, incluyendo a los funcionarios que conforman aquella.

¹⁹⁹ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 292*, Registro Oficial No.200, 6 de noviembre de 1996.

²⁰⁰ Art. 6.- EXCEPCIONES.- Se exceptúan de los procedimientos precontractuales los siguientes contratos: Aquéllos cuyo objeto sea la ejecución de una obra artística, literaria o científica. (Ecuador, *Ley de Contratación Pública*, Registro Oficial No. 501, 16 de agosto de 1990.

²⁰¹ Art. 65.- INFORMES.- En forma previa a su celebración, los contratos que hubieren sido adjudicados siguiendo los trámites de licitación o concursos públicos, requerirán los informes del Contralor General del Estado y del Procurador General del Estado. Los mismos informes serán necesarios para la suscripción de los contratos cuyo monto iguale o exceda la base para el concurso público de ofertas, aunque no hubieren sido licitados o concursados. (Ecuador, *Ley de Contratación Pública*, Registro Oficial No. 501, 16 de agosto de 1990.

²⁰² Ecuador, Procuraduría General del Estado, PGE. Oficios No. 1746 (5 de noviembre de 1996).

En el informe se realizan varias observaciones al proyecto de contrato, entre las cuales se mencionan la inclusión detallada de los bienes y servicios a prestarse, el plazo de ejecución y entrega de contrato, supresión de cláusulas que no son claras o necesarias, etc. En lo concerniente al informe, se aprueba el contrato de compraventa puesto a consideración, teniendo que, por no ser competente no se efectuó un análisis de aspectos técnicos y económicos del mismo.

3.2.2.2 Informe de la Contraloría General del Estado²⁰³

Dr. Fernando Rosero Gonzáles, Contralor General del Estado, emite su informe en el cual se da paso para que se proceda al trámite del contrato. En el mismo se efectúa una recomendación respecto al cumplimiento de los requisitos dispuestos para la suscripción del crédito externo y sus garantías.

En respuesta a la solicitud de la Ministra de Educación, el Contralor General del Estado, el Dr. Fernando Rosero González revisa el contrato de compraventa que se propendía celebrar y emite su informe, dentro del cual realiza observaciones. En primer lugar, respecto de los requerimientos para suscribir la oferta de financiamiento externa, manifestando que debe cumplirse los requisitos establecidos en la ley para suscribirse al crédito brindado, las garantías que por anticipo deben entregarse y de su cabal observancia del mismo. En segundo lugar, expresa que deben detallarse el modo en que se procederá a documentar las entregas parciales de los bienes objetos de contrato.

En referencia a la observación efectuada por la Contraloría para suscribir el crédito externo, es importante mencionar que la misma no se cumplió. Al igual que antes de la celebración del contrato de compraventa de bienes se exigía de un informe por parte de la Procuraduría y Contraloría, la efectucción del Convenio de Crédito con el proveedor debía realizarse igualmente según el Art. 83 del Reglamento de la Ley de Contratación Pública, documentos y requisitos que no fueron adjuntados porque ya se había contratado el 29 de noviembre de 1996.

Al igual que en el informe de la Procuraduría, se manifiesta la responsabilidad del Ministerio de Educación como entidad contratante debiendo observar los requisitos establecidos en la ley, además de velar por los intereses del Estado observando la

²⁰³ Ecuador, Contraloría General del Estado, CGE. Oficios No. 000004 (5 de noviembre de 1996).

conveniencia técnica y económica del mismo, según el Art. 121²⁰⁴ de la Ley de Contratación Pública y Art. 330²⁰⁵ de la Ley Orgánica de la Administración Financiera y Control.

3.2.2.3. Contrato

Se celebra el contrato de compraventa entre el Ministerio de Educación y la empresa Promotora de Intercambio S.A. el 11 de noviembre de 1996, cuyo objeto es la adquisición de bienes que tratan los programas: “Mochila escolar” Gratuita, Unidades Médicas Móviles, Textos Escolares, Bibliotecas y Restaurantes Escolares, por 40,000.000, desglosados de la siguiente manera:²⁰⁶

Programas	Costo Unitario	Cantidad	Valor Total
Mochila Escolar	24.80	2'200,000	29'760,00
Unidades Médicas	198,000.00	8	1'584,000
Textos Escolares	5.50	800.000	4'400,000
Restaurantes Escolares	42,560.00	100	4'256,000

²⁰⁴ Art. 121.- RESPONSABILIDADES.- Los servidores públicos o las personas o empresas privadas o públicas que tengan a su cargo una o varias etapas del proceso de ejecución de un proyecto de obra pública, o los representantes de tales empresas, en su caso, serán responsables, administrativa y civilmente, por los vicios o defectos que se hayan producido en la etapa a su cargo, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que hubiere lugar. (Ecuador, *Ley de Contratación Pública*, Registro Oficial No. 501, 16 de agosto de 1990, art. 121.

²⁰⁵ Art. 330.- Responsabilidades en los procesos de contratación y ejecución.- Los funcionarios y empleados que tengan a su cargo la dirección de los procesos previos a la celebración de los contratos públicos de construcción, provisión, asesoría o servicios, serán responsables por su legal y correcta celebración; y aquellos a quienes correspondan las funciones de supervisar, controlar, calificar o dirigir la ejecución de los contratos serán responsables de tomar todas las medidas para que sean ejecutados con estricto cumplimiento de las estipulaciones contractuales, los programas, costos y plazos previstos. (Ecuador, *Ley Orgánica de Administración Financiera y Control*, Registro Oficial No. 337, 16 de mayo de 1977, art. 330.

²⁰⁶ Ecuador, Contraloría General del Estado, CGE. “Informe de presunción de responsabilidad penal”, 8.

Asimismo, respecto a la oferta de préstamo para financiar la adquisición de bienes de la compraventa efectuada, el 29 de noviembre de 1996, se celebra el Convenido de Crédito de Proveedor entre Promotora de Intercambio S.A y la República del Ecuador, concediéndole un crédito por un valor de cuarenta millones de dólares de los EEUU.²⁰⁷

3.3 Análisis del Primer Informe de la Contraloría

Debido a imprevistos y ciertas irregularidades del Plan Anual de Control de 1997, el Contralor General del Estado emite una autorización el 22 de enero del mismo año, para efectuar un examen especial de la provisión de bienes y financiamiento efectuada durante el gobierno de Bucaram respecto de los programas “Mochila escolar” Gratuita, Unidades Médicas Móviles, Textos Escolares, Bibliotecas y Restaurantes Escolares.

El 5 de mayo de 1997, la Contraloría General el Estado presenta su primer examen especial respecto a la suscripción del contrato de compraventa de bienes y convenio de crédito de proveedor entre la empresa colombiana y el Ministerio de Educación para el proyecto social gubernamental que impulsaba en ese entonces. El examen se efectúa en el período comprendido entre el 15 de octubre de 1996 y el 28 de febrero de 1997, en las fases precontractual, contractual, de ejecución y distribución de los bienes adquiridos, del cual se desprende un informe de presunción de responsabilidad penal.

En el examen, de acuerdo a la información recopilada y analizada se determinan la existencia de infracciones e incumplimiento a la normatividad vigente: en primer lugar, la determinación y calificación de exoneración de los procedimientos contractuales a los que se sujeta la Ministra de Educación y Cultura no se encuentran debidamente fundamentados. El Decreto Ejecutivo No. 197 establece la creación del programa “Mochila escolar” Gratuita para estudiantes de instituciones educativas fiscales, mas no permite calificar la situación como causa de exoneración de una emergencia grave que provengan de fuerza mayor o caso fortuito según la causal a), Art. 6 de la Ley de Contratación Pública. De acuerdo al Reglamento de la antedicha ley se señala que:

²⁰⁷ *Ibíd.*

Se entenderá por emergencia la situación de apremio suscitada por peligros inminentes, daños o catástrofes que se presenten en el territorio o sector dentro del cual la entidad tiene su ámbito de acción [...] y cuyas repercusiones causarían en el desenvolvimiento normal o en las actividades a ella encomendadas alteraciones graves...²⁰⁸

De esta manera, la Contraloría determina que el Estado no estaba autorizado a efectuar el contrato prescindiendo de los procedimientos previos requeridos para el mismo. Además, el exmandatario no se encontraba facultado para hacer uso de la causal a) del art. 6 de la Ley de Contratación Pública. Según el Art. 3 del Reglamento de la dicha ley, es competencia del presidente calificar únicamente los literales c) y g), por lo tanto, los restantes correspondían a las autoridades superiores de los organismos o entidades que fuesen a contratar. La causal invocada le competía a la Ministra de Educación. Por ello, según el examen especial efectuado, la referencia y fundamentación válida para acogerse a la exoneración era la del Acuerdo Ministerial No. 1337, mas no al Decreto No. 197.²⁰⁹

El argumento de la Contraloría no tiene mucho sustento. Así, como afirma el ex-Procurador Dr. Leónidas Plaza Verduga, si bien el Reglamento establece que no le compete, según el art. 110 de la Constitución vigente, el Presidente puede asumir las facultades que le corresponden a los Ministros de Estado, pues estos lo representan. De esta manera, el mandatario posee la facultad de aplicar la causa de exoneración de procedimientos precontractuales según el literal a), Art. 6.²¹⁰

Por otro lado, según la Contraloría se inobserva el Art. 7 del Reglamento a la Ley de Contratación Pública, pues el Ministerio de Educación y Cultura no efectúa los procedimientos de selección establecidos en la norma. En la disposición se determina que antes de la adjudicación de cualquier contrato es necesario invitar a personas naturales o jurídicas nacionales y/o extranjeras para que presenten propuestas, y de acuerdo a ellas, el Ministerio pueda valorar varias ofertas y efectuar un proceso de selección según las especificaciones técnicas y otros requisitos necesarios para la contratación pública. De esta manera, la Contraloría observa que antes de la

²⁰⁸ Ecuador, “Reglamento General de la Ley de Contratación Pública”, *Registro Oficial, Suplemento*, No. 673, 29 de abril de 1991, art. 4.

²⁰⁹ Ecuador, Contraloría General del Estado, CGE. “Informe de presunción de responsabilidad penal”, 11-5.

²¹⁰ *Ibíd.*, 17.

exoneración de los procedimientos precontractuales y selección de empresas oferentes, la propuesta expuesta por Promotora de Intercambio S.A. ya fue aceptada.

Se designó una comisión técnica el 29 de noviembre, la cual era responsable de efectuar un análisis comparativo de las distintas ofertas presentadas por Dilipa, Paco y Promotora de Intercambio S.A. La comisión técnica estaría conformada por Jorge Mosquera, Alicia Coloma y Xavier Gando. Según la información obtenida, no existe evidencia clara que demuestre que se hayan realizado las diligencias respectivas, ni que los procedimientos para emitir el informe de las distintas propuestas hayan sido las adecuadas, pues existía contradicción de lo manifestado por los miembros de la comisión y las empresas. La solicitud para la cotización de los artículos de la mochila escolar, no fueron efectuadas, sino que se hicieron compras de manera particular para obtener los precios unitarios de los mismos, mas no al por mayor. De esta manera, se hizo constar en el informe que existieron varias ofertas para el programa, cuando en realidad eran inexistentes. Ello llevó a concluir a la Contraloría el incumplimiento de los procedimientos de selección en igualdad de condiciones establecidos en el Reglamento de la Ley de Contratación Pública.²¹¹

De acuerdo al Art. 6 del Reglamento de la Ley de Contratación Pública, se dispone que, para determinar la contratación bajo el Art. 6 de la respectiva ley, previamente se requiere obtener una especificación y detalle mínimo de la obra, bien o servicio objeto de contrato preparadas por el Ministerio de Educación y Cultura para entregarlas al oferente. Adicionalmente, antes de iniciar el proceso de selección se debe realizar un estudio de desagregación tecnológica.

De la información requerida por la Contraloría, la presente norma no se cumplió. Lo que se obtuvo fue una propuesta directa por parte de la empresa de los distintos bienes para ejecutar el proyecto “Mochila escolar”, dentro de la misma se incluyeron las características técnicas de los bienes a conseguir.²¹²

Según el Art. 77 del Reglamento a la Ley de Contratación Pública, como requisito previo a la celebración de los contratos que se incluyan en la alguna de las excepciones para exonerar los procedimientos precontractuales o se encuentren sometidos a procedimientos especiales, según los artículos 5 y 6 de la aludida ley, los ministros están obligados en obtener la autorización del Presidente de la República

²¹¹ *Ibíd.*, 25-37.

²¹² *Ibíd.*, 9-15.

mediante Decreto Ejecutivo. Sin embargo, luego de requerir información a la Secretaría General de la Presidencia, la Contraloría logra verificar que el Decreto Ejecutivo No. 292 de 8 de noviembre de 1996 por el cual se autoriza la suscripción del contrato no existe en los archivos de la Función Ejecutiva. Ante la solicitud de auditoría, se evidencia que el Decreto mencionado hace referencia al Reglamento de Aplicación de la Ley para fomentar la producción y evitar el éxodo poblacional de Loja. Ante la inexistencia del documento en los archivos se pudo concluir que la autorización conforme lo establece el Art. 77 de dicho cuerpo normativo no se cumplió.²¹³

3.3.1 Análisis de las Facultades de la Contraloría

La Contraloría General del Estado, según la normatividad vigente correspondiente al tiempo en que se suscitaron los hechos, regía su estructura, funcionamiento, facultades y competencias según la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, en el título VIII sección titulada Órgano Superior de Control, artículos 301, 302 y 303. Entre las facultades otorgadas a la Contraloría se establecen:

Art. 303.- Funciones y facultades.- Son funciones y facultades de la Contraloría General las siguientes:

5. Efectuar el control parcial o total, o exámenes especiales, con respecto a la realización de proyectos de obras públicas, empleando las técnicas necesarias para lograr el control de cada una de sus fases.

17. Establecer responsabilidades individuales administrativas, por quebrantamiento de las disposiciones legales, reglamentarias y de las normas de que trata esta ley; responsabilidades civiles, por el perjuicio económico sufrido por la entidad u organismo respectivo, a causa de la acción u omisión de sus servidores, y presunciones de responsabilidad penal mediante la determinación de hechos incriminados por la ley penal.²¹⁴

En virtud de las mencionadas atribuciones, la Contraloría efectúa el examen especial y emite el concerniente informe en el que determina una presunta existencia de responsabilidad penal de Abdalá Bucaram y Sandra Correa.

Sin embargo, es preciso realizar algunas observaciones que se atribuyó la Contraloría dentro del informe:

1. Respecto a la calificación de causas para prescindir de los procedimientos ordinarios de contratación pública se afirma que el Decreto Ejecutivo No. 197 al hacer referencia a la causal a) no es la correcta. La declaratoria de emergencia

²¹³ *Ibíd.*, 37-41.

²¹⁴ Ecuador, *Ley Orgánica de Administración Financiera y Control*, Registro Oficial No. 337, 16 de mayo de 1977, art. 303.

del sector educativo debido a la pobreza extrema no representa tal, ya que la falta de recursos no significa una situación fortuita o de fuerza mayor que haya perturbado el normal desenvolvimiento del sistema educativo. Sustentándose en esto y en que el presidente carecía de la facultad para calificar la excepción para contratar según el literal a), la Contraloría deja sin sustento el Decreto emitido por el expresidente Bucaram, como mecanismo que facilitó la contratación directa haciendo omisión de los procedimientos correspondientes señalados en la ley.

2. En el Loafyc, la Contraloría General del Estado no tiene facultad para dejar sin valor el Decreto Ejecutivo No. 197, pues fue legalmente emitido según lo determinado en las disposiciones legales. Partiendo del principio de legitimidad y ejecutoriedad, cumple con todos los requisitos de validez de un acto administrativo, y la Contraloría rebasa sus atribuciones al dejar sin sustento y validez el mismo, lo cual se vale de premisa para señalar el incumplimiento de la Ley de Contratación Pública. El Decreto para ser dejado sin efecto debió haberse impugnado por la vía administrativa correspondiente.
3. Manifiesta que la referencia válida para proceder a la exoneración de los procedimientos aludidos es el Acuerdo Ministerial No. 1337 de la Ministra de Educación, pues, el Decreto No. 197 a más de estar incorrectamente sumida dentro de la causal a), el Presidente carecía de competencia para calificar de acuerdo a la misma. Respecto a ello, me parece importante señalar que el argumento planteado por la Contraloría es errado, siendo de una interpretación de la ley muy restringida.
4. En lo referente al análisis comparativo para determinar la existencia de sobreprecio no fue la adecuada ni técnica. Recordando que la Contraloría debe realizar sus exámenes especiales debe hacer uso de todas las técnicas necesarias, el organismo de control se centró únicamente en los valores respecto a la “Mochila escolar”, sin tomar en consideración los otros rubros correspondientes a los restantes programas por los cuales se contrataron (Unidades Médicas Móviles, Textos Escolares, Bibliotecas y Restaurantes Escolares). El examen se basó principalmente en determinar si efectivamente se conformaron las comisiones técnicas de análisis y si se efectuaron las cotizaciones por parte de

las “otras empresas ofertantes”, dentro de las cuales se determinó someramente el incremento en los precios reales exclusivamente respecto de los valores del programa antes mencionado.

3.3.3. Conclusiones de la Contraloría

Según lo expuesto, la Contraloría General del Estado manifiesta en su informe que el contrato de compraventa de bienes para el programa “Mochila Escolar Gratuita” realizada entre la República del Ecuador por intermedio del Ministerio de Educación y la empresa colombiana “Promotora de Intercambio S.A.”, no cumplió con las normas aplicables en la efectuación de contrato.

Para ello, toma en consideración cuatro puntos ya expuestos precedentemente:²¹⁵

1. Lo correspondiente a la calificación de la excepción para prescindir de los procedimientos precontractuales, los cuales, no encuentran justificación jurídica por tomar la situación de pobreza como “emergencia”.
2. Los bienes a adquirirse en el contrato no cuentan con las especificaciones necesarias y requeridas en el Art. 6 del Reglamento de la Ley de Contratación Pública.
3. No se efectuó el proceso de selección previsto en las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes, adjudicando el contrato a la compañía colombiana sin el debido análisis comparativo de la comisión técnica y en condiciones de desigualdad frente a las otras empresas oferentes. En este sentido, la Contraloría encuentra irregularidades en los rubros expuestos, pues los mismos no son los que más convienen al interés del Estado según su contrastación con los precios de los productos de las otras compañías.
4. La autorización para la celebración del contrato no está debidamente respaldada, pues no se encuentra constancia del Decreto Ejecutivo No. 292 en los archivos de la Función Ejecutiva para comprobar la existencia del documento original que permitiría el mismo.

La Contraloría en su informe concluye con la existencia de indicios de responsabilidad penal según el art. 338 del Código Penal. Ello porque el supuesto estado

²¹⁵ Ecuador, Contraloría General del Estado, CGE. “Informe de presunción de responsabilidad penal”, 2.

de emergencia grave que sirvió de argumento en los decretos y acuerdos para ejecutar la contratación de manera directa y sin procedimientos legales, desnaturalizando la esencia del mismo. Asimismo, respecto al informe de comisión técnica en la que constaron falsas ofertas y el Decreto Ejecutivo No. 292 sin respaldo sirvieron como un instrumento para favorecer a la empresa colombiana, estableciendo como verdaderos, hechos que no lo son.²¹⁶

En virtud de ello, en el informe se presume responsabilidad por parte del Expresidente, Ministra de Educación y miembros de la comisión técnica. Aunque se menciona, se deja de lado al Procurador y Contralor General del Estado, los mismos que luego son procesados y sobreseídos a pesar de haber expedido informes que viabilizaron y aprobaron el proyecto en la etapa precontractual para que el mismo se efectúe.²¹⁷

3.4. Inicio proceso penal

En virtud de la aplicación de los artículos 21, 22, 23 y 24 del Código de Procedimiento Penal,²¹⁸ el Ministro Fiscal del Estado, Francisco Cucalón, presentó el 26 de marzo de 1997 excitación fiscal en contra de los responsables del proyecto “Mochila escolar”. Esto es:

1. Abdalá Bucaram Ortiz, ex Presidente de la República.
2. Sandra Correa León, ex Ministra de Educación.

²¹⁶ *Ibíd.*, 42.

²¹⁷ *Ibíd.*, 42-3.

²¹⁸ Se refiere a la Codificación de 1983, la cual establecía lo siguiente:

“Art. 21.- El Ministerio Público excitará a los respectivos jueces para que inicien los procesos penales por la comisión de delitos, fundamentando la excitación en la noticia que hubiesen recibido.

Art. 22.- En la excitación se expondrá, por escrito, el hecho que se considere delito, con todas las circunstancias que se conozcan, los nombres y apellidos de los autores, cómplices y encubridores, si se los conociera, y los nombres de los testigos que puedan declarar. Además, se señalarán los actos procesales que, en opinión del Ministerio Público, deben ser practicados por el Juez.

Art. 23.- Será necesaria la intervención del Ministerio Público en todos los procesos penales que, por la comisión de un delito, se iniciaren en los correspondientes tribunales y juzgados, aun cuando en dichos procesos actúe un acusador particular, siempre que tal infracción deba perseguirse de oficio.

Los tenientes políticos nombrarán un Promotor Fiscal para que intervenga en los procesos que iniciaren.

Art. 24.- El Ministerio Público no podrá renunciar la obligación de ejercer la acción penal o de perseguir la acción punitiva exhibida dentro del proceso penal, salvo que encuentre causas que justifiquen su renuncia.” Ecuador, *Código de Procedimiento Penal*, Registro Oficial, No. 511 (10 de junio de 1983).

3. Antonio José López Domínguez, Gerente General y Representante legal de la Compañía “Promotora de Intercambio S.A”.
4. Miguel Salem Kronfle, ex Secretario General de la Administración Pública.
5. Leónidas Plaza Verduga, ex Procurador General del Estado.
6. Fernando Rosero González, ex Contralor General del Estado.
7. Alicia Coloma, Jorge Mosquera y Javier Gando, miembros de la Comisión Técnica encargada de estudiar la oferta de la Compañía “Promotora de Intercambios S.A.”

El hecho típico y antijurídico imputado a aquellos por el Ministro Fiscal es la participación en la suscripción del contrato de compraventa de bienes, con fecha 11 de noviembre de 1996, por la Ministra de Educación de entonces, Sandra Correa, y el representante legal de la Compañía “Promotora de Intercambios S.A.”, Antonio José López Domínguez.²¹⁹

El Ministro Fiscal, para demostrar la participación de todos los sujetos antes citados, hace referencia a los documentos que anteceden la suscripción del contrato. Estos son el Decreto Ejecutivo No. 197; Acuerdo Ministerial No. 1337; Acuerdo Ministerial No.1462; Decreto Ejecutivo No. 292; Oficio No. 1746 del Procurador General del Estado de 5 de noviembre de 1996, Leónidas Plaza Verduga, quien realiza recomendaciones para la celebración del contrato e informa favorablemente sobre aquel; y, Oficio reservado No. 000004 de 5 de noviembre de 1996, suscrito por el Contralor General del Estado, Fernando Rosero González, quien autoriza la suscripción del contrato referido.

En el contrato en cuestión, la obligación de dar adquirida por la vendedora (Empresa “Promotora de Intercambio S.A.”) consistía en la entrega de:

1. 1.200.000 mochilas y material didáctico por un precio de 29.760.000 dólares.
2. 800.000 textos escolares con un valor de 4.400.000 dólares.
3. 8 unidades móviles de salud por un valor total de 1.584.000 dólares.
4. 100 restaurantes escolares, para 100 estudiantes cada uno, por precio de 4.256.000 dólares.

El precio total convenido era de 40.000.000 de dólares. Para ello, el Presidente Bucaram expidió el Decreto Ejecutivo 345 de 3 de diciembre de 1996, mediante el cual

²¹⁹ En adelante se hará referencia al mismo con el enunciado *contrato objeto del proceso*.

se autoriza al Ministro de Finanzas y Crédito Público la celebración de un contrato de préstamo con la vendedora para financiar el proyecto “Mochila escolar”.²²⁰

El Ministro Fiscal continúa la excitación manifestando que existen pruebas del manejo fraudulento de los recursos públicos por los sujetos imputados. Al respecto, cita una publicación del Diario *El Comercio*, de la edición del 26 de marzo de 1997, en la cual se expresa que el 23 de septiembre de 1996 Miguel Salem envió un oficio a la Compañía “Intercambio de Productos S.A.”, señalando que su oferta es compatible con el plan de gobierno y, por ello, ha decidido aceptar dicha propuesta. Menciona también el Ministro que la revista *Vistazo* No. 710 de 20 de marzo de 1997 afirma que en ese contrato existe sobreprecio de los bienes, ya que en la primera oferta de la empresa vendedora recibida por el Presidente Bucaram, el 13 de septiembre de 1996, se proponía la implementación del proyecto con un precio de apenas 25.000.000 de dólares, incrementándose arbitrariamente en la suscripción del contrato al valor ya mencionado *ut supra*. Además, señala que el periodista Freddy Elhers manifestó que existía sobreprecio en los libros entregados por la vendedora, ya que los mismos costaban 5.50 dólares cada uno, mientras la Unicef había impreso en el país aquellos a la mitad de dicho precio. Este testimonio había sido ratificado en el Canal de Televisión Teamazonas el día 23 de marzo de 1997, lo cual confirmaba dicho exceso en el pago estatal a la vendedora.²²¹

Sin mencionar expresamente disposición jurídica alguna que haya sido presuntamente violentada, concluye el Ministro que los Decretos Ejecutivos, Acuerdos Ministeriales y el contrato en sí mismo, violan lo establecido en la Ley de Contratación Pública y la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, lo cual ocasiona un gravísimo perjuicio a los intereses económicos del Estado ecuatoriano y evidencia el abuso de los dineros públicos por los sujetos antes citados.

Estos argumentos expresados por el Ministro Fiscal evidencian la falta de motivación de la excitación por él propuesta, pues pretende justificar su actuación en virtud de publicaciones y testimonios que no corresponden al proceso penal en cuestión. Basa su fundamentación en referencias a documentos no emitidos por peritos

²²⁰ Ecuador, Corte Suprema de Justicia, [Ex citación fiscal en contra de Abdalá Bucaram, Sandra Correa, Antonio José López Domínguez, Miguel Salem Kronfle, Leónidas Plaza Verduga, Fernando Rosero González, Alicia Coloma, Jorge Mosquera y Javier Gando], Proceso No. 17721-2010-059A, 2.

²²¹ *Ibíd.*, 3-6.

certificados y calificados para emitir juicios de valor sobre la contratación de bienes. Además, con la determinación de sobrepuestos por los medios de comunicación antes del establecimiento de responsabilidad mediante un juicio penal, se consumó la vulneración al principio de presunción de inocencia consagrado en el artículo 19, numeral 17, literal f, de la Constitución Política vigente entonces.

Además, existe una falta de determinación de las disposiciones legales presuntamente violentadas por los sujetos que vulnera su derecho a la defensa, pues no conocen las normas jurídicas en virtud de las cuales el Ministro afirma han cometido un delito a ser sancionado.

3.5. Auto cabeza de proceso

El Doctor Carlos Solórzano Constantine, Presidente de la Corte Suprema de Justicia en la época de sustanciación del proceso, acoge lo manifestado por el Ministro Fiscal en la excitación por él presentada y dicta auto cabeza de proceso de 27 de marzo de 1997 en el cual dispone lo siguiente:

1. Citación a los sindicatos.
2. Oficios al Ministro de Educación, Contralor General del Estado, Ministro de Finanzas y Crédito de entonces para que informen sobre el estado del contrato objeto del proceso.
3. Recepción de los testimonios de aquellas personas que supieren de los hechos y de quienes hubieren sido citados.

Es importante señalar que el juzgador no se pronuncia sobre los fundamentos de la excitación fiscal antes mencionados ni acerca de la falta de determinación expresa de las normas supuestamente violentadas por los sindicatos que asegure el ejercicio de su defensa.

3.6. Auto de llamamiento a juicio plenario

El Doctor Héctor Romero Parducci, Presidente de la Corte Suprema de Justicia, dictó el 6 de agosto de 1998 auto de llamamiento a juicio mediante el cual declaró abierta la etapa de plenario.

Inicia su exposición refiriéndose a lo señalado por el Ministro Fiscal en su excitativa, especialmente a las pruebas aportadas por aquel, entre las cuales destacan las publicaciones en medios de comunicación ya mencionadas *ut supra*. El Doctor Romero tampoco hace referencia alguna a la validez procesal de tales documentos al haber sido emitidas por personas no calificadas como peritos.

Posteriormente señala que durante la investigación procesal fueron sindicadas las siguientes personas:

1. Pablo Concha Lodergerber, ex Ministro de Finanzas y Crédito Público.
2. Nicanor Moscoso Pozo, ex Ministro de Finanzas y Crédito Público encargado.
3. Pablo Celi de la Torre, ex Subsecretario de Educación.
4. Margarita Rodríguez Romero, ex asesora legal de la Ministra de Educación.

Además, se dictó durante dicho período procesal órdenes de prisión preventiva en contra de Abdalá Bucaram, Sandra Correa, Antonio José López Domínguez, Miguel Salem Kronfle, Alicia Coloma, Jorge Mosquera y Javier Gando.

El Doctor Romero realiza primeramente un análisis sobre la existencia material de la infracción penal para, posteriormente, examinar la responsabilidad de cada una de las 11 personas participantes en la supuesta comisión de aquella.

Respecto del primer examen, afirma el emisor del presente auto que la práctica de los actos procesales ha estado encaminada a probar los hechos materia de la excitación fiscal, esto es, el abuso de fondos públicos en la suscripción del contrato de compraventa de bienes entre el Ministerio de Educación y la Empresa “Promotora de Intercambios S.A.”, lo cual ha sido confirmado a través de los siguientes hechos constitutivos:

1. Declaratoria de emergencia nacional decretada por el Presidente Bucaram para excepcionar procedimientos precontractuales con el fin de implementar el proyecto “Mochila escolar”. Dicha situación de apremio, según el Decreto Ejecutivo No. 197,

era el contexto de extrema pobreza de la población ecuatoriana, lo cual impediría el inicio de clases en las regiones Sierra y Oriente y cuyas repercusiones causarían alteraciones graves a la sociedad. No obstante, el artículo 4 del Reglamento a la Ley de Contratación Pública establecía una definición legal de emergencia según la cual existía tal circunstancia cuando se presenten “peligros inminentes, daños o catástrofes naturales”. Concluye el Doctor Romero afirmando que la situación señalada en el Decreto presidencial no se adecúa a la definición legal antes mencionada, pues no se puede equiparar la pobreza extrema a la emergencia surgida por desastres naturales o situaciones de urgencia.²²²

2. La falta de aplicación del artículo 7 del Reglamento a la Ley de Contratación Pública que demuestra la intención de beneficiar a la Compañía “Promotora de Intercambios S.A.”. Tal norma jurídica establece que aunque exista una excepción a un procedimiento precontractual según el artículo 6 de la Ley de Contratación Pública, antes de la adjudicación de contratos debe realizarse un proceso de selección en el cual intervengan el mayor número posible de oferentes nacionales. Sin embargo, antes de la emisión del Decreto Ejecutivo mencionado en el numeral anterior, de fecha 15 de octubre de 1996, el Gerente de la empresa citada ya había enviado una propuesta al Presidente Bucaram el 13 de septiembre de 1996, la cual fue contestada por el señor Miguel Salem, a través del Oficio No. SGA 9603402, afirmando que el Gobierno Nacional “ha decidido aceptar su oferta, previo al cumplimiento de los requisitos legales a que haya lugar”. Es decir, antes del inicio del proceso precontractual existió ya un pronunciamiento estatal aceptando la oferta de la compañía referida.

Además, se realizó un aparente proceso de selección entre las ofertas de Promotora de Intercambio S.A., Dilipa y Paco. La Comisión Técnica conformada por la Ministra de Educación para el efecto realizó un proceso comparativo con facturas comerciales de ciertos útiles escolares obtenidas mediante compras a base de precios normales de mercado, no al por mayor, en las empresas nacionales Dilipa y Paco. Por ello, en el informe de Contraloría sobre indicios de responsabilidad penal en el presente caso, las empresas mencionadas afirmaron que jamás habían presentado

²²² Ecuador, Corte Suprema de Justicia, [Auto de llamamiento a juicio plenario en contra de Abdalá Bucaram, Sandra Correa, Antonio José López Domínguez, Alicia Coloma, Jorge Mosquera y Javier Gando], Proceso No. 17721-2010-059A, 4-5.

propuesta alguna para el proyecto “Mochila escolar”,²²³ lo cual, a criterio del Doctor Romero, permite colegir la intención de beneficiar a la suscriptora del contrato objeto del proceso.²²⁴

3. Existencia de sobrepuestos en los bienes objeto del contrato. El Presidente de la Corte Suprema de Justicia hace referencia al informe de Contraloría mencionado *ut supra*, en el cual el órgano de control realizó un estudio comparativo entre los costos unitarios de los bienes presentados en la oferta del proyecto por parte de Promotora de Intercambio S.A. y otras propuestas alternativas con precios en el mercado ecuatoriano de tales bienes a la época de celebración del contrato. Este análisis determinó que había una diferencia de costos perniciosos en contra del Estado de Ecuador por 11.99 dólares (únicamente respecto del rubro de la mochila escolar), lo cual generaba un perjuicio total de 14.388.000 dólares. En el mismo sentido, la empresa vendedora supo afirmar, en la transacción firmada por ella y el Estado de fecha 16 de febrero de 1998, que el valor unitario del texto escolar (5.50 dólares) es excesivo y, por lo tanto, decide reducir el precio (3.73 dólares). Estos elementos permiten concluir al Doctor Romero que ha existido un abuso de fondos públicos.²²⁵
4. Violación de los artículos 65 de la Ley de Contratación Pública y 83 de su Reglamento. En el primero de aquellos, el legislador estableció como requisito para la celebración de un contrato que implique egreso de fondos públicos la emisión de un informe por parte del Ministerio de Finanzas y Crédito Público, lo cual no se cumplió en la suscripción del contrato referido. Según el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, la segunda norma citada ha sido vulnerada, pues ella prescribe como documento habilitante para la solicitud de aprobación de contratos por parte del Contralor y Procurador General del Estado el respectivo convenio de préstamo. En el caso *sub judice*, la Ministra de Educación no presentó a dichas autoridades el convenio ya que aquel no existía a la fecha de la firma del contrato (11 de

²²³ Ecuador, Contraloría General del Estado, CGE. “Informe de presunción de responsabilidad penal a los contratos suscritos entre el Ministerio de Educación y Cultura y el Ministerio de Finanzas y Crédito Público, para la provisión de bienes y financiamiento con la firma Promotora de Intercambio S.A. para los programas: “Mochila escolar” Gratuita; Unidades Médicas Móviles; Textos Escolares y Bibliotecas; y, Restaurantes Escolares, en los procesos precontractual y suscripción del contrato, por el período comprendido entre el 15 de octubre de 1996 y 28 de febrero de 1997”, Informe No. 021-DA2-97 (5 de mayo 1997), 30-1.

²²⁴ Ecuador, Corte Suprema de Justicia, [Auto de llamamiento a juicio plenario en contra de Abdalá Bucaram, Sandra Correa, Antonio José López Domínguez, Alicia Coloma, Jorge Mosquera y Javier Gando], Proceso No. 17721-2010-059A, 5-6.

²²⁵ *Ibíd.*, 6.

noviembre de 1996). Tal convenio de préstamo fue aprobado mediante Decreto Ejecutivo 345 (28 de noviembre de 1996) 17 días después de haberse suscrito el contrato. Por tanto, la celebración de dicha convención se realizó sin el debido financiamiento.²²⁶

Concluye el Doctor Romero afirmando que la existencia de los referidos hechos permite inferir la comisión del delito de peculado previsto en el artículo 257 del Código Penal vigente entonces, ya que tal infracción ha sido cometida por funcionarios públicos. El objeto material han sido dineros públicos y ha existido dolo en la conducta de tales sujetos.

Respecto de la participación de los sindicados en el delito de peculado, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia afirma:

1. Abdalá Bucaram es presunto responsable penal en calidad de autor por:
 - a) Declarar mediante Decreto Ejecutivo No. 197 situación de emergencia en forma ilegal, esto es, sin adecuarla a la definición legal prevista en el artículo 4 del Reglamento a la Ley de Contratación Pública.
 - b) Autorizar, por medio del Decreto Ejecutivo No. 292, la suscripción de un contrato lesivo a los intereses estatales en el cual existía sobreprecio en los bienes adquiridos.
2. Sandra Correa es presunta autora de la comisión del delito de peculado por haber participado de forma directa en el proceso contractual irregular y perjudicial al Estado ecuatoriano, pues fue ella quien adjudicó el contrato, mediante Acuerdo Ministerial No. 1462, a la Empresa “Promotora de Intercambio S.A.”
3. Antonio José López Domínguez, Gerente General de la empresa vendedora, es presunto responsable penal en el grado de coautoría, pues ha intervenido en la comisión del delito ofreciendo bienes con sobreprecio a los funcionarios públicos.
4. Miguel Salem Kronfle no es responsable penal. Si bien fue él quien, mediante Oficio No. SGA 9603402, aceptó la oferta de la empresa vendedora, dicha comunicación no es suficiente para concluir que actuó de manera dolosa ni benefició directamente a la contratista, pues tal comunicación no sirvió en el desarrollo del proceso contractual.

²²⁶ *Ibíd.*, 7.

5. Leónidas Plaza Verduga no es penalmente responsable, ya que contra el ex Procurador General, a pesar de haber actuado con descuido al autorizar la celebración del contrato objeto del proceso, no existen indicios suficientes de los cuales inferir su participación en el ilícito cometido.
6. Fernando Rosero González no es responsable penal, pues si bien el ex Contralor General actuó con ligereza al autorizar la suscripción del contrato, dispuso con posterioridad (22 de enero de 1997) la realización de un examen especial a la ejecución del contrato en cuestión.
7. Alicia Coloma, Jorge Mosquera y Javier Gando, miembros de la Comisión Técnica encargada del análisis de las ofertas para el proceso de selección, son presuntos responsables penales en calidad de cómplices, pues en su informe no realizaron un examen comparativo cabal, el cual favoreció a la empresa vendedora en detrimento de Dilipa y Paco.
8. Pablo Concha Lodergerber, ex Ministro de Finanzas y Crédito Público, no es partícipe de la infracción penal, ya que su función era únicamente transferir los fondos públicos necesarios para el funcionamiento de las diversas entidades del sector público. No existen indicios suficientes que permitan colegir su conocimiento sobre las irregularidades del contrato.
9. Nicanor Moscoso Pozo, ex Ministro de Finanzas y Crédito Público encargado, no es responsable penal ya que aquel únicamente suscribió el Decreto Ejecutivo No. 197 en virtud de la ausencia del titular de la cartera de Estado.
10. Pablo Celi de la Torre no es responsable penal, pues no existen indicios suficientes para colegir que el ex Subsecretario de Educación haya participado en la suscripción del contrato referido.
11. Margarita Rodríguez Romero, ex asesora legal de la Ministra de Educación, no es responsable penal ya que de la revisión de la información constante en el proceso no ha sido posible establecer su participación en el ilícito sujeto a investigación.

Por último, dispone el Doctor Romero la apertura de la etapa del plenario en la cual, según el artículo 261 del Código de Procedimiento Penal de 1983, se practicarán los actos procesales tendientes a comprobar la inocencia o responsabilidad de la persona procesada y el sobreseimiento de los sindicatos antes mencionados que, en virtud de su examen, no son responsables penales.

3.7 Sentencia

Siendo el 12 de enero de 2007, el Doctor Jaime Velasco Dávila, Presidente de la Corte Suprema de Justicia, dicta sentencia condenatoria en contra de la ex Ministra de Educación, Sandra Correa León, por la comisión del delito de peculado previsto en el inciso primero del artículo 257 del Código Penal vigente al cometer dicha infracción:

Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años, los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público, que hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo; ya consista el abuso en desfalco, malversación, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante. La pena será de ocho a doce años si la infracción se refiere a fondos destinados a la defensa nacional.²²⁷

La ex Ministra había planteado que el proceso ha incurrido en violación de trámite, pues para que se pueda acusar el delito de peculado debe existir necesariamente el estudio realizado por la Contraloría General del Estado en el cual se establezcan indicios de responsabilidad penal. Ante ello, el juzgador establece lo siguiente:

El artículo 342 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control señala el procedimiento para el establecimiento por parte de la Contraloría General del Estado de responsabilidades penales de los funcionarios públicos, luego de que, por los resultados de los informes respectivos, se establecieren presunciones del cometimiento del delito de peculado. Mas, en esa disposición legal ni en ninguna otra se dispone que el ejercicio de la acción penal por peculado, esté sujeto, previamente, a que exista un informe de la Contraloría General del Estado, como una cuestión prejudicial; prejudicialidad que en lo penal debe estar expresamente señalada en la ley. Por tanto, es improcedente la impugnación²²⁸

El juzgador considera que Sandra Correa, en calidad de servidora pública, abusó y dispuso arbitrariamente de los dineros públicos ocasionando, a la vez, un perjuicio al Estado ecuatoriano y beneficio a la Empresa “Promotora de Intercambio S.A.” en virtud de los siguientes argumentos:

1. Inexistencia de emergencia según lo establecido en el artículo 4 del Reglamento a la Ley de Contratación Pública. En el Acuerdo Ministerial No. 1337, la ex Ministra Correa se refiere a la situación de pobreza extrema del pueblo ecuatoriano para concluir que aquello permite exonerar de procedimientos contractuales al proyecto “Mochila escolar”. Al respecto, el presente juzgador confirma el argumento

²²⁷ Ecuador, *Código de Procedimiento Penal*, Registro Oficial No. 511, 10 de junio de 1983, art. 257.

²²⁸ Ecuador. Corte Suprema de Justicia, [Sentencia condenatoria en contra de Sandra Isabel Correa León en juicio penal por peculado], Proceso No. 17721-2010-059A, 8-9.

señalado por el Doctor Romero en el auto de llamamiento a juicio, según el cual, la emergencia únicamente tiene cabida únicamente cuando exista “peligro inminente, daños o catástrofes”,²²⁹ lo cual no sucedió. Por ello, al no hallarse fundamentada, dicha declaratoria es ilegal y vicia el proceso contractual desde el inicio.²³⁰

2. Inobservancia del artículo 7 del Reglamento de la Ley de Contratación Pública, el cual exige la participación del mayor número posible de oferentes nacionales en el proceso de selección para la adjudicación de contratos. De la información proporcionada por el informe de Contraloría,²³¹ las empresas nacionales Dilipa y Paco afirman que el Ministerio de Educación jamás les solicitó cotización alguna sobre los artículos de la mochila escolar, aunque en el informe de la Comisión Técnica acatado por la ex Ministraarezca realizado un estudio comparativo entre la oferta de la Empresa “Promotora de Intercambio S.A.” y facturas comerciales de Dilipa y PACO. Por tanto, no existió igualdad de condiciones entre los oferentes ya que los precios analizados de la empresa vendedora eran al por mayor, mientras los valores examinados de las empresas nacionales era precios normales de mercado corriente. En el caso *sub judice*, considera evidente el juzgador que no se ha invitado a diversos oferentes en similares condiciones.²³²
3. Violación del artículo 45 de la Ley de Presupuestos del Sector Público.²³³ Según aquella norma, antes de iniciar la gestión de créditos externos es necesario que los Ministerios hayan sido autorizados por la Secretaría General de Planificación. Mediante oficio SEGEPLAN- DGOS- 96 2950 de 27 de septiembre de 1996, el Secretario General de Planificación señaló a la ex Ministra Correa que si pretende que el órgano del cual es titular “cubra todo el proceso que legalmente está establecido[...] la propuesta debe ser presentada con los estudios de prefactibilidad o factibilidad de cada uno de los proyectos”, según el artículo 7 de la Ley de

²²⁹ La ex Ministra fundamenta dicha exoneración en la causal a) del artículo 3 de la Ley de Contratación. Véase nota al pie número 1 del presente capítulo.

²³⁰ Ecuador. Corte Suprema de Justicia, [Sentencia condenatoria en contra de Sandra Isabel Correa León en juicio penal por peculado], Proceso No. 17721-2010-059A, 12-3.

²³¹ Véase el apartado 3.1.4. del presente capítulo

²³² Ecuador. Corte Suprema de Justicia, [Sentencia condenatoria en contra de Sandra Isabel Correa León en juicio penal por peculado], Proceso No. 17721-2010-059A, 14.

²³³ El inciso primero de dicho artículo establece: “Para iniciar gestiones o negociaciones de créditos externos, convenios nacionales e internacionales así como para su contratación, las entidades y organismos del Sector Público no financiero, requerirá además la autorización previa y expresa de la Secretaría General de Planificación y del Ministerio de Finanzas y Crédito Público”. Ecuador. *Ley de Presupuestos del Sector Público*, Registro Oficial, Suplemento, No. 76 (30 de noviembre de 1992).

Contratación Pública.²³⁴ No obstante, dichos estudios de prefactibilidad o factibilidad jamás fueron presentados por el Ministerio de Educación para cumplir con la autorización de la Secretaría General de Planificación. Muestra de ello es el texto de la escritura pública del contrato objeto del proceso, el cual establece que la entrega de los bienes objeto de la compraventa se realizarán mediante entrega SIF en el Aeropuerto Mariscal Sucre de Quito-Ecuador o Aduana de Tulcán-Ecuador, “o en el lugar que conforme a las instrucciones del Ministerio de Educación que en relación a los Restaurantes Escolares y Puestos de Salud hayan sido contemplados para el efecto”. Es decir, no existieron estudios que determinen los lugares en donde debían ser colocados dichos restaurantes o parajes.²³⁵

4. Sobrepuestos en los bienes ofertados por la empresa vendedora. El juzgador, al igual que el Doctor Romero, se refiere al informe de Contraloría,²³⁶ en el cual se estableció una diferencia de costos entre la oferta de la empresa vendedora y otra oferta alternativa con precios de época de la oferta original de 11.99 dólares en el rubro de la mochila escolar, lo cual genera un perjuicio al Estado de 14.388.000 de dólares.²³⁷

En referencia al primer argumento manifestado por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, es preciso señalar que la actuación de la ex Ministra Correa correspondía a la aplicación del Decreto Ejecutivo No. 197, el cual es un acto administrativo que gozaba de validez, pues jamás fue impugnado en la vía administrativa correspondiente. La Ministra carecía de potestad para oponerse a lo dispuesto por el Presidente de la República y, por lo tanto, estaba en la obligación de acatar lo manifestado por aquel.

²³⁴ “Art. 7.- Selección de proponentes.- La adjudicación de los contratos referidos en el artículo 6 de la Ley se realizará previo el proceso de selección que considere adecuado el Ministro o la máxima autoridad de la entidad contratante, según las circunstancias de la contratación, salvo en los casos en que tal proceso de selección no fuere posible. En las bases del proceso de selección se incluirán principios y criterios para valoración de ofertas.

Se procurará que participe el mayor número posible de oferentes nacionales.

Los invitados a presentar ofertas deben llenar todas las condiciones exigidas para contratar con el Estado, entidades y organismos del sector público y, además, han de rendir una de las garantías previstas en la Ley para asegurar la seriedad de su oferta, salvo en los casos de las letras d, y k, del artículo 6 da la Ley.” Ecuador, Presidencia de la República, “Reglamento General de la Ley de Contratación Pública”, en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 673, art. 7.

²³⁵ Ecuador. Corte Suprema de Justicia, [Sentencia condenatoria en contra de Sandra Isabel Correa León en juicio penal por peculado], Proceso No. 17721-2010-059A, 15-6.

²³⁶ Ecuador. Contraloría General del Estado, “Informe de presunción de responsabilidad penal a los contratos suscritos entre el Ministerio”, 36.

²³⁷ *Ibíd.*, 17.

Respecto del segundo argumento presentado por el juzgador, aquella inobservancia atribuida a Sandra Correa no es correcta ya que el mismo artículo citado establece que la adjudicación de contratos podrá realizarse por el proceso de selección que el Ministro “considere adecuado [...] según las circunstancias de la contratación, salvo en los casos que tal proceso de selección no fuere posible”.²³⁸ Al recibir una orden directa del Presidente de la República mediante el Decreto Ejecutivo No. 197, la ex Ministra Correa, debido al cercano inicio a clases en las regiones Sierra y Oriente, optó por escoger a la empresa vendedora amparada en la norma citada pues consideraba “adecuada” dicha decisión en virtud de las circunstancias de la contratación.

El tercer argumento mencionado por el juzgador se fundamenta en el oficio SEGEPLAN- DGOS- 96 2950. En este documento el Secretario General de Planificación señala que deben presentarse por el Ministerio de Educación estudios de prefactibilidad y factibilidad según lo exigido por el artículo 7 del Reglamento a la Ley de Contratación Pública. Sin embargo, el encabezado de dicha norma señala que dichos estudios serán necesarios en el caso de los contratos a que se refiere el literal b del artículo 6 de la Ley de Contratación Pública, mas no cuando la causa de exoneración de un proceso precontractual sea el literal a del mismo artículo, tal como consta en el Decreto Ejecutivo No. 197 y Acuerdo Ministerial No. 1337.

Sobre la existencia de sobreprecios en el contrato de compraventa objeto del proceso, el juzgador hace referencia a la diferencia de costos establecida en el informe de Contraloría.²³⁹ No obstante, la investigación procesal fue insuficiente ya que de forma posterior a la emisión de la presente sentencia se suscribió un acta de finiquito entre el Ministerio de Educación y la empresa vendedora con fecha 17 de abril de 2007. En tal documento se declara la terminación del contrato “por cuanto los bienes y construcciones han sido recibidos a entera satisfacción del Estado”.²⁴⁰ Dicha declaración adquiere trascendencia, ya que el total cancelado a la fecha de suscripción de la referida acta es de 40.000.004 dólares,²⁴¹ es decir, la misma cantidad de dinero

²³⁸ Ecuador, Presidencia de la República, “Reglamento General de la Ley de Contratación Pública”, Registro Oficial, Suplemento, No. 673, art. 7.

²³⁹ Ecuador, Contraloría General del Estado, “Informe de presunción de responsabilidad penal a los contratos suscritos entre el Ministerio”, 36.

²⁴⁰ Ecuador. Ministerio de Educación y Cultura, “Memorando No. 162-DAJ-DINSE-2007: Acta de terminación y liquidación final del contrato de compraventa de bienes celebrado entre el Ministerio de Educación y Cultura y C.I. Promotora de Intercambio S.A.”, 8.

²⁴¹ *Ibíd.*, 3-4.

pactada por la ex Ministra Correa. Por lo tanto, no existió sobreprecio alguno de los bienes objeto del contrato y no se verificó la existencia del delito de peculado imputado a Sandra Correa.

En el caso *sub judice*, la ex Ministra Sandra Correa actuó con base en disposiciones emanadas por el Decreto Ejecutivo del Presidente, en el que se declaraba en emergencia la educación del país y que le permitía exonerar de los procesos ordinarios precontractuales para llevar a cabo la contratación. Por tanto, a consideración de esta analista, no existe dolo y por lo tanto no existe delito, situación tipológica que es desconocida por parte de los funcionarios de Contraloría General del Estado.

Resulta pertinente mencionar que en el caso que nos ocupa se realizó un control previo a través del informe que emitió El Contralor General del Estado para esa fecha, donde emite la opinión favorable a la suscripción del contrato, dentro del cual hace constar los antecedentes, obligaciones de la entidad contratante, observaciones al proyecto de contrato, y el informe.

El caso expuesto no solamente evidencia la no pertinencia del informe de la Contraloría como requisito de procedibilidad, sino que demuestra contundentemente con un hecho real procesal, en primer lugar que no fue necesario el pronunciamiento del órgano de control para el inicio del proceso penal, dado que la acción penal se desarrolló sin ningún impedimento, tal como lo establecen concordantemente el artículo 195 de la actual Constitución de la República del Ecuador, que faculta a la Fiscalía para ejercer la acción penal; los artículos 281 y 282 del Código de la Función Judicial, que establecen la naturaleza jurídica y las funciones a desempeñar de la Fiscalía General del Estado, haciéndola garante de la dirección, promoción 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, y confirmando las normas precedentes El Código Orgánico Integral Penal, en el libro segundo, título III, capítulo tercero, artículo 442 que establece como potestad de la Fiscalía el de conducir e intervenir en la investigación preprocesal y procesal penal, hasta la finalización del mismo. En los artículos 443 y 444 los cuales señalan las atribuciones de la Fiscalía en general y del Fiscal respectivamente, estando entre las funciones del fiscal la de formular cargos,

impulsar la acusación de haber mérito, con la debida sustentación; requerir al juzgador la recepción de testimonios; receptor denuncias escritas o verbales sobre delitos sujetos a su control, etc.²⁴² De igual forma, el COIP en sus artículos 410 y 411 se otorga a la Fiscalía el ejercicio y titularidad de la acción penal pública. Toda esta base jurídica se constituyó en la argumentación legal que incluso derivó en una sentencia condenatoria, resguardando los intereses del Estado.

Evidencia igualmente el análisis de este caso que los procesos penales formales se venían desempeñando sin ningún contratiempo procesal y con toda normalidad, lo que nuevamente nos permite aseverar que el pronunciamiento de la Corte Nacional en el año 2010, en relación al requisito de procedibilidad y su posterior incorporación en el año 2014 en el Código Orgánico Integral Penal se han constituido en un elemento de retardo procesal que no favorece a los intereses colectivos del Estado ecuatoriano.

El caso expuesto no solamente evidencia la no pertinencia del informe de la Contraloría como requisito de procedibilidad, sino que demuestra contundentemente con un hecho real procesal, en primer lugar que no fue necesario el pronunciamiento del órgano de control para el inicio del proceso penal.

Se evidencia igualmente del análisis de este caso que los procesos penales formales se venían desempeñando sin ningún contratiempo procesal y con toda normalidad, lo que nuevamente nos permite aseverar que el pronunciamiento de la Corte Nacional en el año 2010, en relación al requisito de procedibilidad y su posterior incorporación en el año 2014 en el Código Orgánico Integral Penal se han constituido en un elemento de retardo procesal que no favorece a los intereses colectivos del Estado ecuatoriano.

Queda demostrado, a través del análisis de un caso práctico, que la incorporación del informe de Contraloría no es un requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal de la Fiscalía General del Estado, toda vez que a pesar de no haber contado la Fiscalía con este informe al tiempo de la exitación, el proceso de la acción penal se llevó a cabo con toda regularidad, siendo explícita la sentencia condenatoria al establecer que dicho informe no es un requisito de procedibilidad para la acción penal.

²⁴² Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial, Suplemento No. 180, 10 de febrero de 2014, arts. 443-4.

Es de hacer notar que se entiende como requisito de procedibilidad aquellas condiciones sin cuya concurrencia no puede iniciarse la averiguación previa o bien, si ya fue iniciada, no puede legalmente continuar.²⁴³

También resulta pertinente mencionar que en el caso que nos ocupa se realizó un control previo a través del informe que emitió El Procurador General del Estado para esa fecha, donde emite la opinión favorable a la suscripción del contrato, dentro del cual hace constar los antecedentes, obligaciones de la entidad contratante, observaciones al proyecto de contrato, y el informe.

El caso expuesto no solamente evidencia la no pertinencia del informe de la Contraloría como requisito de procedibilidad, sino que demuestra contundentemente con un hecho real procesal, en primer lugar que no fue necesario el pronunciamiento del órgano de control para el inicio del proceso penal, dado que la acción penal se desarrolló sin ningún impedimento, tal como lo establecen concordantemente, el artículo 195 de la actual Constitución de la República del Ecuador. Este faculta a la Fiscalía para ejercer la acción penal; los artículos 281 y 282 del Código de la Función Judicial, que establecen la naturaleza jurídica y las funciones a desempeñar de la Fiscalía General del Estado, haciéndola garante de la dirección, promoción 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, y confirmando las normas precedentes El Código Orgánico Integral Penal, en el libro segundo, título III, capítulo tercero, artículo 442 que establece como potestad de la Fiscalía el de conducir e intervenir en la investigación preprocesal y procesal penal, hasta la finalización del mismo.

Los artículos 443 y 444 señalan las atribuciones de la Fiscalía en general y del Fiscal respectivamente, estando entre las funciones del fiscal la de formular cargos, impulsar la acusación de haber mérito, con la debida sustentación; requerir al juzgador la recepción de testimonios; receptar denuncias escritas o verbales sobre delitos sujetos a su control, etc.²⁴⁴ De igual forma, en el COIP en sus artículos 410 y 411 se otorga a la

²⁴³ Julio A Hernández Pliego, *Programa de Derecho Procesal Penal*, (México: Porrúa, 2006).

²⁴⁴ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial, Suplemento, No. 180 (10 de febrero de 2014, arts. 443-4).

Fiscalía el ejercicio y titularidad de la acción penal pública. Toda esta base jurídica se constituyó en la argumentación legal que incluso derivó en una sentencia condenatoria, resguardando los intereses del Estado.

Evidencia igualmente el análisis de este caso que los procesos penales formales se venían desempeñando sin ningún contratiempo procesal y con toda normalidad, lo que nuevamente nos permite aseverar que el pronunciamiento de la Corte Nacional en el año 2010, en relación al requisito de procedibilidad y su posterior incorporación en el año 2014 en el Código Orgánico Integral Penal se han constituido en un elemento de retardo procesal que no favorece a los intereses colectivos del Estado ecuatoriano.

El caso expuesto no solamente evidencia la no pertinencia del informe de la Contraloría como requisito de procedibilidad, sino que demuestra contundentemente con un hecho real procesal, en primer lugar que no fue necesario el pronunciamiento del órgano de control para el inicio del proceso penal.

Se evidencia igualmente del análisis de este caso que los procesos penales formales se venían desempeñando sin ningún contratiempo procesal y con toda normalidad, lo que nuevamente nos permite aseverar que el pronunciamiento de la Corte Nacional en el año 2010, en relación al requisito de procedibilidad y su posterior incorporación en el año 2014 en el Código Orgánico Integral Penal se han constituido en un elemento de retardo procesal que no favorece a los intereses colectivos del Estado ecuatoriano.

Conclusiones y recomendaciones

1. El ejercicio de la acción penal pública constitucionalmente atribuida a la Fiscalía General del Estado no puede depender de un pronunciamiento previo en el ámbito administrativo a través de un informe de Contraloría General del Estado con indicios de responsabilidad penal, el mismo que no es determinante dentro de un proceso penal formal, toda vez que está sometido a contradicción pudiendo desvanecerse en cualquier etapa procesal, con la existencia de otros peritajes que dejen sin sustento la auditoria o examen especial realizado por los equipos técnicos de la Contraloría. Es claro que se estaría propiciando la impunidad de los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, impidiendo así de esta manera a la Fiscalía formular cargos de manera inmediata cuando tenga otros elementos de igual o mayor relevancia como análisis financieros de instituciones estatales y privadas como son la Unidad de Análisis Financiero, Servicios de Rentas Internas y movimientos bancarios, que permitan conocer movimientos económicos inusuales, incrementos patrimoniales injustificados de funcionarios públicos.
2. La potestad administrativa de la Contraloría, en relación a la determinación de responsabilidades, tiene un tiempo perentorio de siete años de conformidad al Art. 71 de la LOCGE. Transcurrido este tiempo, los delitos, constitucionalmente calificados como imprescriptibles (peculado, enriquecimiento ilícito) adoptan la naturaleza asemejada a la prescripción. De esta manera, pasado este lapso, sin el informe de Contraloría, la Fiscalía no podría instaurar una acción penal formal ya que no se estaría cumpliendo con el requisito de procedibilidad legalmente establecido en el COIP. Así, esta disposición legal se tornaría legal como inconstitucional, afectando claramente las funciones de la Fiscalía General del Estado específicamente en la titularidad de acción pública penal, siendo necesaria una reforma legal que diferencie la facultad determinadora de responsabilidades administrativa y civil, con el informe que establece indicios de responsabilidad penal.
3. Es indiscutible que la actividad de los órganos de control es la adecuada, al proteger y salvaguardar los intereses nacionales; pero su actividad dentro de los

procesos penales debe estar revestida por un respeto a los derechos fundamentales que ya comentamos; debe ser igual para todas las partes que participan en un proceso penal, y no tener una especie de “extensión de poder”, por el sólo hecho de ser considerados como órganos de control, porque de lo contrario, instituciones del Estado estarían violentando principios constitucionales y legales.

- 4.- Los hechos de corrupción que en la actualidad vive nuestro país, dan cuenta que se torna contraproducente el requisito de procedibilidad el informe de Contraloría con indicios de responsabilidad penal, puesto que esta institución no abastece a realizar controles especiales a la correcta utilización de fondos públicos y, sobre todo, su accionar, viéndose limitado al no contar con la posibilidad que en el ámbito institucional la Fiscalía ostenta la atribución de solicitar información financiera, patrimonial a nivel internacional con las Asistencias Penales Internacionales. Es decir que los exámenes especiales, procesos de auditoría que la Contraloría realiza son deficientes así como limitados al ámbito nacional.
5. Solo con la instauración de un proceso penal formal se establece la responsabilidad y consecuente pena de un justiciable. El informe con indicios de responsabilidad penal no es concluyente ni definitivo, toda vez que la existencia de este no siempre deviene en una sentencia condenatoria.
6. Es necesaria una reforma a la Ley y Reglamento de Contracción Pública. Sería útil y necesario que se instaure dentro de la normativa el requisito previo ineludible de contar con un informe de la Contraloría General del Estado, donde se realice un control técnico jurídico de necesidad, viabilidad de la celebración de contratos estatales que conlleven erogaciones de grandes cantidades de dineros públicos.
- 7 En el caso “Mochila escolar”, al analizar los informes realizados por la Contraloría General del Estado, documentos y sentencia emitidos al respecto, se pudo concluir que, en la sentencia condenatoria a Sandra Correa, el Juez establece que el informe de Contraloría no es un requisito de procedibilidad para la acción penal de la Fiscalía General del Estado. Este hecho permitió la actuación temprana de la Fiscalía ya que dicho órgano presenta excitación fiscal el día 27 de marzo de 1997, mientras que el informe de Contraloría fue expedido apenas el 5 de mayo de 1997.

8. La excitación de la Fiscalía (inicio del proceso penal caso “Mochila escolar”), no se sustentó en elementos válidos y pertinentes, tomando como tales documentos publicados por medios de prensa. Entre ellos, Revista *Vistazo*, Diario *El Mercurio* y lo expuesto por Freddy Elhers en el programa investigativo “La Televisión”. Con base en estos documentos, imputar a Sandra Correa como responsable del delito de Peculado, estableciendo de esta manera el papel fundamental que juega el poder mediático en la administración de justicia.

Bibliografía

- Aguilar, Juan Pablo, “Compromiso político y organismo de control”, *Foro Revista de derecho*, No 7, (Quito: UASB-Ecuador/CEN, 2007).
- Aguirre, Marco Boris, *El fiscal y su rol en el sistema acusatorio oral*, (Loja: Indugraf, 2012)
- Aguirre, Marco, *El Fiscal y su rol en el Sistema Acusatorio Oral*, (Loja: Indugraf, 2012).
- Araujo-Juárez, José, “La teoría del control público de la administración del Estado. Noción y clasificación”, en Alejandro Canónico Sarabia, coord., *El Control y la Responsabilidad en la Administración Pública*: 59-80. (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012).
- Bonnemaison, María, *Mecanismos constitucionales de control del poder público*. (Valencia: Universidad de Carabobo, 2000).
- Burbano Campos, Washington Bolívar, *El informe de la Contraloría General del Estado con indicios de responsabilidad penal y su incidencia en la impunidad de los delitos de peculado en Quito en el año 2012*. Tesis de maestría, Universidad Tecnológica Indoamérica, 2015.
- Cabanellas de Torres, Guillermo, *Diccionario Jurídico Elemental*, Undécima Edición, (Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1993).
- Carlos Pérez, Luis, *Derecho Penal, Tomo III* (Bogotá: Temis, 1990).
- Carrara, Francisco, *Derecho Penal*, Volumen VII, Parte Especial, 11 y 12, (Bogotá, Temis, 1964).
- Castillo Soberanes, Miguel *El monopolio del ejercicio de la acción penal del ministerio público en México*, (México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 1992. < <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/864/5.pdf> >. Accedido el 28 de febrero de 2017.
- Cruz, Jessica; Pomaquero, Myrian, *Auditoría de Gestión en la Dirección Provincial de Salud de Chimborazo en el Área de Control y Mejoramiento de la Calidad, en el Programa Ampliado de Inmunizaciones (PAI), en el período de Enero del 2010 - Abril del 2011*, Tesis de grado, Escuela Politécnica Superior de Chimborazo, 2011).
- Cuadros Villena, Carlos, *Derechos Reales*. Lima: Cultural Cuzco, Tomo 1.
- Cueva Carrión, Luis. *Peculado, Tomo I Teoría, Práctica y Jurisprudencia*, (Quito: Cueva Carrión, 2006).
- De la Rúa, Fernando, *Teoría General del Proceso*, (Buenos Aires: Editorial Depalma, 1991), 51.
- Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo I. (Buenos Aires: Edit. Driskill, 1.996).
- Enrique Sayagués Laso, *Tratado de derecho administrativo*, Tomo I, 8ª Edición (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2002).
- Erleans De Jesús Peña Ossa, *Delitos Contra la Administración Pública*, (Bogotá, D.C: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez Ltda, 2005).
- Fernández Ajenjo, José Antonio, *El control de las administraciones públicas y la lucha contra la corrupción*, (Navarra: Editorial Aranzadi, 2010).
- Ferreira D., Francisco José *Derecho Penal Especial*, (Bogotá: Editorial Temis S.A., 2006).

- Flores Dapkevicius, Rubén, *Manual de Derecho Público*, t. II (Montevideo: Editorial B de F, 2007).
- Gaceta Judicial Serie XIV, N.5, 1093
- Greco, Orlando, *Diccionario Contable*, 4^a. ed., citado por Jessica Cruz y Myrian Pomaquero, *Auditoría de Gestión en la Dirección Provincial de Salud de Chimborazo*. (Florida: Valleta Ediciones, 2007)
- Guanchez, Aileen “La participación ciudadana, modelo de una democracia responsable”. En Alejandro Canónico Sarabia, coord., *El Control y la Responsabilidad en la Administración Pública*: 167-207. (Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012).
- Hernández Pliego, Julio A., *Programa de Derecho Procesal Penal*, (México: Editorial Porrúa, 2006).
- Higuaita Rivera, Lina María, *La responsabilidad penal del servidor público*. (Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 2001).
- Jaramillo Ordóñez, Hernán Felicísimo, *Manual de Derecho Administrativo*, 5^a. ed., (Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, 2005).
- King Hurtado, Richard Roberto, *Los Informes de Contraloría como Requisito de Procedibilidad para el Juzgamiento del Delito de Peculado*. Tesis de maestría, Universidad San Francisco de Quito, 2017.
- Maggiore, Giuseppe, *Derecho Penal*, tomo III, (Bogotá: Editorial Temis, 1955).
- Molina Arrubia, Carlos, *Delitos contra la Administración Pública*, (Medellín: Edit. Dike, 1995).
- Muñoz Conde, Francisco, García Arán, Mercedes, *Derecho Penal Parte General*, (Valencia: Tirant le Banch, 2010).
- Nieto, Santiago; Medina, Yamile, “El control externo y la responsabilidad de los servidores públicos, México, UNAM, 2005, p. 17.
- Ojeda, Pablo, *El sistema acusatorio en el régimen penal*, (Loja: Ediloja Cía. Ltda., 2012).
- Ossorio, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*, 1^a Edición Electrónica.
- Pérez, Efraín, *Derecho Administrativo Tomo I*, 4^a ed. (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014).
- Pólit Faggioni, Carlos, *La Contraloría General del Estado en el Ordenamiento Jurídico Constitucional*, (Quito: NINA Comunicaciones, 2009).
- Real Academia Española: *Diccionario de la Lengua Española*, edición electrónica en CD-Rom.
- Rivas Casaretto, María, *La Función Controladora del Estado Ecuatoriano*, (Guayaquil: Edino, 2006).
- Salinas Siccha, Ramiro, *El delito de peculado en la legislación, jurisprudencia y doctrina peruana*, (Lima, Iustitia-Grijley, 2011).
- Secaira Durango, Patricio, *Curso Breve de Derecho Administrativo*. (Quito: Editorial Universitaria, 2004).
- Sentencia de la Primera Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia publicada en el Registro Oficial N. 178 de 26 de septiembre del 2003.
- Sentencia de la Segunda Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia publicada en el Registro Oficial N° 514-S de 28 de enero del 2005.

Vaca Andrade, Ricardo *Derecho Procesal Penal ecuatoriano según el Código Orgánico Integral Penal Tomo I*, (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2014).
Villa Stein, Javier *Derecho Penal, parte general*. (Lima: Grijley, 2008).
Zavala Baquerizo, Jorge *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo II, (Guayaquil: Edino, 2004).

Normativa legal

Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial No. 800, 27 de marzo de 1979.
Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*, Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998.
Ecuador, Acuerdo 010-2016 CG, *Reglamento de elaboración de informes e Auditoría Gubernamental*.
Ecuador, *Acuerdo 012 - CG – 2003: Manual General de Auditoría Gubernamental*.
Ecuador, Asamblea Nacional, Comparecencia del Contralor General del Estado Dr. Carlos Pólit, <https://www.youtube.com/watch?v=LKBrFxzVHzE>. Consulta: 29 de enero de 2017.
Ecuador, *Código Civil*, en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 46 (24 de junio de 2005), art. 29.
Ecuador, *Código de Procedimiento Penal*, en *Registro Oficial*, No. 511, 10 de junio de 1983.
Ecuador, *Código de Procedimiento Penal*, en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 360, 13 de enero de 2000.
Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 544, 09 de marzo del 2009.
Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, en *Registro Oficial, Suplemento*, No. 180, 10 de febrero de 2014.
Ecuador, “Reglamento de Responsabilidades”, *Registro Oficial, Suplemento* No. 696, 22 de febrero de 2016.
Ecuador, “Acuerdo 012 - CG – 2003: Manual General de Auditoría Gubernamental, que regirá para las Unidades de Auditoría de la Contraloría, de Auditoría Interna de las Entidades y Organismos del Sector Público que se encuentran bajo el ámbito de competencia del Organismo Técnico Superior de Control y para las firmas privadas de auditoría contratadas”, *Registro Oficial*, No. 107, 19 de junio de 2003, < <http://www.contraloria.gob.ec/WFDescarga.aspx?id=15&tipo=nor> >
Ecuador, Contraloría General del Estado, *Historia*, <<http://www.contraloria.gob.ec/LaInstitucion/Historia/HistoriaCGE>>. (Consulta: 17 de Julio de 2017).
Ecuador, *Ley Orgánica de Administración Financiera y Control*, *Registro Oficial* No. 337, 16 de mayo de 1977.
Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*, *Registro Oficial, Suplemento*, No. 595, 12 de junio de 2002.
Ecuador, *Ley Orgánica del Ministerio Público*, Codificación 2, en *Registro Oficial*, No. 250, 13 de abril del 2006.
Ecuador, “Reglamento General de la Ley de Contratación Pública”, *Registro Oficial, Suplemento*, No. 673, 1991.
Ecuador, *Reglamento de la Ley Orgánica de la Contraloría General*, *Registro Oficial*, No. 119, 07 de julio de 2003.

- Ecuador. *Dictamen referente a propuestas de enmiendas constitucionales*, *Gaceta Constitucional* 9,10 de noviembre de 2014.
- Ecuador. *Auto de llamamiento a juicio plenario en contra de Abdalá Bucaram, Sandra Correa, Antonio José López Domínguez, Alicia Coloma, Jorge Mosquera y Javier Gando*, Proceso No. 17721-2010-059^a.
- Ecuador. *Ex citación fiscal en contra de Abdalá Bucaram, Sandra Correa, Antonio José López Domínguez, Miguel Salem Kronfle, Leonidas Plaza Verduga, Fernando Rosero González, Alicia Coloma, Jorge Mosquera y Javier Gando*, Proceso No. 17721-2010-059^a
- Ecuador. Memorando No. 162-DAJ-DINSE-2007: Acta de terminación y liquidación final del contrato de compraventa de bienes celebrado entre el Ministerio de Educación y Cultura y C.I. Promotora de Intercambio S.A.”, 2007.
- Ecuador. “Informe previo de Contraloría en los procesos penales por Peculado y Enriquecimiento Ilícito”. Registro Oficial No. 154, 19 de marzo de 2010.
- Ecuador. “Reglamento General de la Ley de Contratación Pública”. Registro Oficial, Suplemento, No. 673, 29 de abril de 1991.
- Ecuador: “Informe de presunción de responsabilidad penal a los contratos suscritos entre el Ministerio de Educación y Cultura y el Ministerio de Finanzas y Crédito Público, para la provisión de bienes y financiamiento con la firma Promotora de Intercambio S.A. para los programas: “Mochila escolar” Gratuita; Unidades Médicas Móviles; Textos Escolares y Bibliotecas; y, Restaurantes Escolares, en los procesos precontractual y suscripción del contrato, por el período comprendido entre el 15 de octubre de 1996 y 28 de febrero de 1997”, Informe No. 021-DA2-97, 5 de mayo de 1997..
- Eduardo Franco Loor, “Importancia de la Acción Penal Pública en el Derecho Procesal Penal”, en *Revista Jurídica*, (Guayaquil: Revista Jurídica Online, 2009) < http://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2010/10/27_81a116.pdf >. Consulta: 28 de febrero de 2017.