

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA CARRERA DE DERECHO

TÍTULO

“LA FALTA DE CONTROLES ADECUADOS A LOS
SERVIDORES PÚBLICOS RESPONSABLES DEL MANEJO DE
BIENES Y DINEROS PÚBLICOS, FACILITA LA COMISIÓN
DEL DELITO DE PECULADO TRAYENDO COMO
CONSECUENCIA PERDIDAS ECONÓMICAS AL PAÍS”

Tesis previa a la obtención
del Título de Abogada

AUTORA:

Ana Cristina Gallo Sotomayor

DIRECTOR:

Dr. Marcelo Armando Costa Cevallos Mg. Sc

Loja - Ecuador

2016



CERTIFICACIÓN

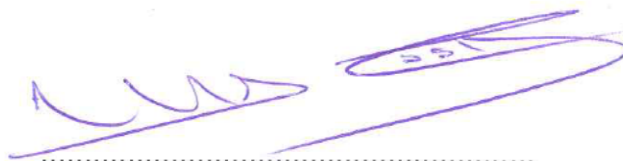
Dr. Marcelo Armando Costa Cevallos Mg. Sc.

Docente de la Carrera de Derecho de la Modalidad de Estudios a Distancia de la Universidad Nacional de Loja

CERTIFICO:

Que la presente investigación titulada “**LA FALTA DE CONTROLES ADECUADOS A LOS SERVIDORES PÚBLICOS RESPONSABLES DEL MANEJO DE BIENES Y DINEROS PÚBLICOS, FACILITA LA COMISIÓN DEL DELITO DE PECULADO TRAYENDO COMO CONSECUENCIA PERDIDAS ECONÓMICAS AL PAÍS**”, ha sido realizada por la aspirante: Ana Cristina Gallo Sotomayor; y, que una vez revisado minuciosamente el trabajo, cumple con las exigencias académicas determinadas en el Reglamento Académico, por lo cual autorizo su presentación y su sustentación.

Loja, julio de 2016



.....
Dr. Marcelo Costa Cevallos Mg. Sc.
Director de Tesis

AUTORÍA

Yo Ana Cristina Gallo Sotomayor, declaro ser autora del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el repositorio Institucional-biblioteca Virtual.

AUTORA: Ana Cristina Gallo Sotomayor

FIRMA: 

CÉDULA: 1103455067

FECHA: Loja, 15 Julio de 2016

**CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DE LA AUTORA,
PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL Y
PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.**

Yo, Ana Cristina Gallo Sotomayor declaro ser autora de la tesis titulada: **“LA FALTA DE CONTROLES ADECUADOS A LOS SERVIDORES PÚBLICOS RESPONSABLES DEL MANEJO DE BIENES Y DINEROS PÚBLICOS, FACILITA LA COMISIÓN DEL DELITO DE PECULADO TRAYENDO COMO CONSECUENCIA PERDIDAS ECONÓMICAS AL PAÍS”**. Como requisito para optar al título de **ABOGADA**; autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional:

Los usuarios pueden consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la Tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 15 días del mes de Julio del dos mil diez y seis, firma la autora

FIRMA: .....

AUTORA: Ana Cristina Gallo Sotomayor

CÉDULA: 1103455067

DIRECCIÓN: Ciudadela El Portal Machala

CORREO ELECTRÓNICO: ana_cristina_gallo@hotmail.com

TELÉFONO: 2983353 - 0994478206

DATOS COMPLEMENTARIOS

DIRECTOR DE TESIS: Dr. Marcelo Armando Costa Cevallos Mg. Sc.

TRIBUNAL DE GRADO:

Dr. Augusto Astudillo Ontaneda. (Presidente)

Dr. Mg. Darwin Quiroz Castro. (Vocal)

Dr. Mg. Carlos Manuel Rodríguez. (Vocal)

DEDICATORIA

Al creador de todas las cosas, el que me ha dado fortaleza para continuar cuando a punto de caer he estado; con toda la humildad que de mi corazón puede emanar, dedico primeramente mi trabajo a Dios.

A mi esposo por sus palabras y confianza, por su amor y brindarme el tiempo necesario para realizarme profesionalmente.

A mis hijos, detonantes de mi felicidad, de mi esfuerzo, de mis ganas de buscar lo mejor para ellos

De igual forma, dedico esta tesis a mi madre que ha sabido formarme con buenos sentimientos, hábitos y valores, lo cual me ha ayudado a salir adelante en los momentos más difíciles.

Al hombre que me brindó la vida: mi padre, que ha estado junto a mí dándome su apoyo incondicional, cuidándome y guiándome siempre.

A mi familia en general, a mis hermanos y amigos por compartir conmigo buenos y malos momentos, que gracias a su apoyo, y conocimientos hicieron de esta experiencia una de las más especiales.

LA AUTORA

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Nacional de Loja, su labor muchas veces subestimada, se enfoca en cuidar los saberes de todos sus estudiantes, y permitírnos así, expandir nuestros conocimientos. Nos ayudas a vivir el sueño de superarnos y cumplir nuestras expectativas, y de siempre ir por la constante mejora, para ser mejores seres humanos.

Esta ocasión no ha sido la excepción, y exalto su trabajo, y les agradezco con creces por ayudarme a lograr esta nueva meta de terminar mi Carrera.

A los Doctores Magíster Carlos Manuel Rodríguez; y, Marcelo Costa Cevallos, Docente del Módulo Diez, y, Director de Tesis, respectivamente, por su orientación, experiencia y estímulos para la elaboración y culminación del presente trabajo de investigación.

Mi agradecimiento se dirige a quien a forjado mi camino y me ha dirigido por el sendero correcto, a Dios el que en todo momento está conmigo ayudándome a aprender de mis errores y a no cometerlos otra vez. Eres quien guía el destino de mi vida.

A mis familiares: Padres, esposo hijos, hermanos y amigos. Gracias.

LA AUTORA

TABLA DE CONTENIDOS

1.- TITULO.-

2.- RESUMEN.-

2.1.- ABSTRACT.-

3.- INTRODUCCIÓN.-

4.- REVISION DE LITERATURA.-

4.1.- MARCO CONCEPTUAL.-

4.1.1.- El Control Social

4.1.2.- El Delito

4.1.3.- El Delincuente

4.1.4.- La Pena

4.1.5.- Etimología; Concepto, Clasificación del Peculado

4.1.5.1.- Etimología

4.1.5.2.- Concepto

4.1.5.3.- Clasificación del Peculado

4.1.5.3.1.- Peculado Propio e Impropio

4.1.5.3.2.- Peculado por aplicación oficial diferente

4.1.5.3.3.- Peculado por sustracción o expropiación

4.1.5.3.4.- Peculado financiero y bancario

4.1.6.- Concepto de Servidor Público

4.1.7.- Concepto de Servicio Público

4.2.- MARCO DOCTRINARIO.-

4.2.1.- Evolución del Peculado a través de los diferentes Códigos Penales

4.2.2.- Historia del delito de peculado en el Ecuador

4.2.3.- Los Códigos Penales de 1871; 1889; 1906; y, 1938

4.2.4.- El Tercer Código Penal

4.2.5.- El Cuarto Código Penal

4.2.6.- El Quinto Código Penal

4.2.7.- El Código Penal de 1953; y, el Código de Procedimiento Penal

4.2.8.- Los Códigos Penales y de Procedimiento Penal de 1971

4.2.9.- Los delitos contra la administración pública dentro del Código Integral Penal.

4.3.- MARCO JURÍDICO.-

4.3.1.- Derechos constitucionales en el Ecuador

4.3.2.- Responsabilidades de los funcionarios públicos

4.3.3.- Sanciones a los funcionarios públicos

4.3.4.- El Peculado y su relación con otras legislaciones

4.3.4.1.- Código Penal de Uruguay

4.3.4.2.- Código Penal de Nicaragua

4.3.5.- Análisis Comparativo

5.- MATERIALES Y MÉTODOS.-

5.2.1.- Materiales

5.2.2.- Métodos

5.2.3.- Técnicas

6.- RESULTADOS.-

6.1.- Análisis e interpretación de las encuestas

6.2.- Resultados de las entrevistas

6.3.- Estudio de Caso

7- DISCUSIÓN.-

7.1.1.- Verificación de Objetivos

7.1.2.- Objetivo General

7.1.3.- Objetivos Específicos

7.1.4.- Fundamentación Jurídica

8.- CONCLUSIONES.-

9.- RECOMENDACIONES.-

9.1.- Propuesta de Reforma Legal

10.- BIBLIOGRAFÍA.-

11.- ANEXOS.-

INDICE.-

1.- TÍTULO.-

“LA FALTA DE CONTROLES ADECUADOS A LOS SERVIDORES PÚBLICOS RESPONSABLES DEL MANEJO DE BIENES Y DINEROS PÚBLICOS, FACILITA LA COMISIÓN DEL DELITO DE PECULADO TRAYENDO COMO CONSECUENCIA PERDIDAS ECONÓMICAS AL PAÍS”

2.- RESUMEN.-

Tomando en cuenta la constante evolución de la sociedad, he creído conveniente el estudio de uno de los delitos económicos que vienen afectando a la economía del país como lo es el peculado mismo que servirá para conocer y determinar los delitos que se cometen contra la administración pública, considerando al mismo como un problema social dentro del ámbito jurídico, económico y administrativo, debido a que al darse la sustracción de dineros del estado, se da como resultado una pérdida de gran magnitud a los fondos del país, en perjuicio de la sociedad.

Es por eso que mi estudio lo fundamento en el análisis de la Constitución de la República, el Código Integral Penal, Ley Orgánica de Servicio Público; y, demás Leyes conexas, por lo que considero necesario investigar sobre el tema de **“LA FALTA DE CONTROLES ADECUADOS A LOS SERVIDORES PÚBLICOS RESPONSABLES DEL MANEJO DE BIENES Y DINEROS PÚBLICOS, FACILITA LA COMISIÓN DEL DELITO DE PECULADO TRAYENDO COMO CONSECUENCIA PERDIDAS ECONÓMICAS AL PAÍS”**.

Este tema considero puede ayudar a comprender mejor la problemática, que se suscita dentro de las instituciones públicas, lo cual se llegaría a su verificación a través de la investigación de campo y la propuesta de reforma legal, la cual permitiría solucionar este problema social que se da constantemente en el Ecuador, y que se relaciona con implementar controles oportunos y permanentes en cada institución pública, a través de comisiones de fiscalización y control para detectar y evitar el cometimiento del delito de peculado en el sector público.

2.1.- ABSTRACT.-

Given the constant evolution of society, I have seen fit to study one of the economic crimes that are affecting the economy such as the embezzlement which will serve to identify and target the crimes that are committed against the public administration considering the same as a social problem within the legal, economic and administrative level, because the theft of money given state, it results in a large-scale loss of funds in the country, to the detriment of society.

That is why my study was based on analysis of the Constitution of the Republic, Integral Penal Code, Law on Public Service; and other related laws, so consider it necessary to investigate the issue of **"THE LACK OF TIMELY AND PERMANENT CONTROLS ON PUBLIC SERVANTS RESPONSIBLE FOR MANAGING PROPERTIES AND MONIES STATE FACILITATES THE COMMISSION OF EMBEZZLEMENT BEING CAUSED ECONOMIC LOSSES THE COUNTRY "**

I think this topic can help you better understand the problem, which arises within public institutions, which would lead to verification through field research and the proposed legal reform, which would solve this social problem that ishe gives constantly in Ecuador, and that relates to implement timely and permanent controls in every public institution, through commissions of supervision and control to detect and prevent the commission of the crime of embezzlement in the public sector.

3.- INTRODUCCIÓN.-

El tratadista **Cabanellas**, dice: "peculado es la sustracción, apropiación o aplicación indebida de los fondos públicos, por aquel o a quien está confiada su administración"

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

Debido a que he delimitado que el peculado se realiza en relación con una tenencia o posesión calificada por razón de la función o del servicio público, así debe haber íntima relación de causa a efecto entre el cargo y la posesión, pues el **artículo 278 del Código Integral Penal**, tipifica y sanciona al peculado señalando que: **"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."**

Además el artículo 278 del COIP, señala que: **“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 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 bienes, fondos o dinero. En todos estos casos serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años.”**

Cabe mencionar que la persona que comete el delito de peculado según el COIP, **“...quedará 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.”**, por consiguiente, cuando se ha dictado sentencia sobre este delito, la persona que lo cometió, únicamente no puede trabajar en cargo público; lo que en cierta forma no soluciona de ninguna manera el cometimiento del delito, porque no existen cerca del peculado, elementos preventivos que lo impidan; y, cuando ha sido descubierto el delito,

generalmente el infractor ya está fuera del país, esto como resultado a que el procedimiento es muy extenso, lo que trae como consecuencia el perjuicio al presupuesto de las instituciones públicas.

La extensión general de la norma debe ser a los funcionarios del sistema financiero público y privado, parecería que adolece de una inadecuado técnica jurídica, así como, de severas deficiencias que desnaturalizan el objeto de la punibilidad de la norma.

Es necesario indicar que se ve la necesidad de realizar un análisis de los elementos que integran la tipicidad del delito de peculado, contrastando la actividad de la administración pública y la actividad de las instituciones financieras privadas y si es el caso, determinando defectos.

Para evitar este inconveniente frecuente en el sector público, debería incrementarse fiscalizadores e inspectores de la Superintendencia de Bancos; y, de la Contraloría General del Estado, para poder elaborar una norma jurídica, dentro de la cual se establezca el control permanente a los funcionarios públicos, que tengan que manejar bienes y dineros públicos, siendo la institución que los posesiona del cargo, la encargada de establecer las comisiones de inspectores y fiscalizadores internos para que pueden ejercer controles previos y permanentes a dichos funcionarios.

El presente Informé Final de Investigación Jurídica se encuentra estructurado de la siguiente manera:

Una primera sección denominada cuerpo del informe final, que inicia con la Revisión literaria, donde realice el acopio teórico, que tiene relación con el

problema investigado, esto fue posible por la bibliografía consultada de libros, diccionarios jurídicos, Código Integral Penal, de igual manera la utilización de la información constante en páginas web alojadas en el internet.

En la revisión literaria se desarrolló **el marco conceptual** con temas como: El Control Social; El Delito; El Delincuente; La Pena; Los Delitos contra la Administración Pública; Etimología; Concepto, Clasificación del Peculado; Concepto de Servidor Público; y, Concepto de Servicio Público

En el marco doctrinario desarrollo puntos importantes como: Evolución del Peculado a través de los diferentes Códigos Penales; Historia del delito de peculado en el Ecuador; Los Códigos Penales de 1871; 1889; 1906; y, 1938; El Tercer Código Penal; El Cuarto Código Penal; El Quinto Código Penal; El Código Penal de 1953; y, el Código de Procedimiento Penal; Los Códigos Penales y de Procedimiento Penal de 1960; Los Códigos Penales y de Procedimiento Penal de 1971; y, Los delitos contra la administración pública dentro del Código Integral Penal.

De la misma manera en **el marco jurídico** desarrolle lo siguiente: Derechos constitucionales en el Ecuador; El Peculado y su relación con otras legislaciones; Responsabilidades de los funcionarios públicos; Legislación Uruguay; Legislación Nicaragua; Legislación Ecuador; y, Análisis Comparativo

A continuación describo los materiales métodos procedimientos y técnicas en el desarrollo de la investigación jurídica.

En la misma sección en cuanto a los resultados obtenidos en la investigación de campo, consta la presentación y análisis de los resultados de las encuestas

que aplique a treinta abogados de libre ejercicio y presentación y análisis de los resultados de las entrevistas se las realice a tres abogados de libre ejercicio con lo cual se llegue a verificar los objetivos mediante un análisis reflexivo y crítico, que se concreta en argumentos válidos para verificar los objetivos planteados.

Y finalmente una segunda sección denominada síntesis del informe final en la cual se abarca las conclusiones, recomendaciones y la fundamentación jurídica de reforma, la cual da paso a la propuesta de reforma legal la misma que va encaminada a controlar de una manera más eficaz a los servidores públicos que manejan dineros y bienes del estado.

Con esta breve introducción dejo el presente trabajo investigativo a consideración de las autoridades, comunidad universitaria, y del Honorable Tribunal de Grado, el mismo que aspiro sirva como guía a futuras generaciones de estudiantes de la Carrera de Derecho.

4. REVISIÓN DE LITERATURA.-

4.- MARCO CONCEPTUAL.-

4.1.1.- El Control Social.-

“El control social aparece en todas las sociedades como un medio de fortalecimiento y supervivencia del grupo y sus normas. Las normas menores y las leyes son las que conforman los grupos. La implantación de una moral social (por las influencias sociales que genera) y la crítica liberal como autodefensa y como interpretación de sucesos e intereses, es el camino hacia el cambio social. Actúa sobre la desviación social (leyes) y anomia (normas).¹

La cognición social o perspectiva del comportamiento desviado de forma correcta, tiene un esquema de estereotipo y juicio de valor en su versión no científica, y es posible y habitual como conocimiento científico - profesional; es de hecho imposible una sociedad sin normas (Estado de derecho) y la cuestión en su precisa naturaleza y los mecanismos para el caso, sin cargo con más problemas adicionales, solamente el bien común con una normativa funcional para el orden social. Como el control es importante, a su vez tiene que haber control sobre los controladores con un consenso en la normativa para un equilibrio de poderes y controles, que no sea represivo en su actitud. El control social persuasivo para el logro de la conformidad función principalmente con ideas y valores, que se traducen en actitudes respetuosas de las normas. Se tiene a una moral libre, opcional, personalizada, menos reglas y con menos control.

¹ MORENO RODRIGUEZ, Rogelio, Vocabulario de derecho y ciencias sociales, Edit. Depalma, 1974

4.1.2.- El Delito.-

“La palabra delito deriva del verbo latino delinquere, que significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley”². La definición de delito de diferido y diferido todavía hoy entre escuelas criminológicas. Alguna vez, especialmente en la tradición, se intentó establecer a través del concepto de Derecho natural, creando por tanto el *delito natural*. Hoy esa aceptación se ha dejado de lado, y se acepta más una reducción a ciertos tipos de comportamiento que una sociedad, en un determinado momento, decide punir. Así se pretende liberar de paradojas y diferencias culturales que dificultan una definición universal.

“El delito, en sentido dogmático, es definido como una conducta, acción u omisión típica descrita por la ley, antijurídica (contraria a Derecho) y culpable a la que corresponde una sanción denominada pena”. Supone una conducta infraccional del Derecho Penal, es decir, una acción u omisión tipificada y penada por la ley. En sentido legal, los códigos penales y la doctrina definen al “delito” como toda aquella conducta (acción u omisión) contraria al ordenamiento jurídico del país donde se produce. La doctrina siempre ha reprochado al legislador debe siempre abstener de introducir definiciones en los códigos, pues es trabajo de la dogmática

4.1.3- El Delincuente.-

Un delincuente es alguien que repetidamente comete actos ilícitos y no cumple con lo establecido por las leyes o normas de obligado cumplimiento. Este término se suele utilizar cuando tales actos son de menor gravedad.

² CABANELAS DE TORRES, Guillermo, Diccionario Enciclopedia de Derecho Usual, 26ª edición, Edit. Heliasta, 1998

4.1.4.- La Pena.-

La pena es el medio con que cuenta el Estado para reaccionar frente al delito, expresándose como la restricción de derechos del responsable. Por ello, el Derecho que regula los delitos se denomina habitualmente Derecho penal. La pena también se define como una sanción que produce la pérdida o restricción de derechos personales, contemplada en la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional, mediante un proceso, al individuo responsable de la comisión de un delito.

“El término pena deriva del término en latín poena y posee una connotación de dolor causado por un castigo”³.

El Derecho Penal moderno aboga por la proporcionalidad entre el delito y la pena. En muchos países se busca también que la pena sirva para la rehabilitación del criminal (lo cual excluya la aplicación de penas como la pena de muerte o la cadena perpetua).

4.1.5.- Etimología; Concepto; Clasificación de Peculado.-

4.1.5.1.- Etimología.-

La voz peculado, “se deriva del latín *peculatus* y este de *peculium*, que significa caudal, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua. No hay duda alguna de que su origen está en el derecho romano, que cualquier autor se remite a su fuente que es la *vos pecus*, que significa ganado. De ella dijo CARMIGNANI, que la palabra se usaba porque en esto consistía la riqueza

³ CABANELAS DE TORRES, Guillermo, Diccionario Enciclopedia de Derecho Usual, 26ª edición, Edit. Hellasta, 1988

de los antiguos e igualmente la riqueza del Estado Romano. De acuerdo con ello MOMMSEN sitúa su origen en la Lex Julia, que lleva por título: Peculatus et de Sacrilegis et de residuis, ley esa que según GARMIGNANI, se produjo bajo Julio César y no durante el imperio de Augusto como lo da entender MOMMSEN.”⁴

Llegando más allá, sabemos que los primitivos habituales de Lacio, que fueron los umbro-sabáticos latinos, no tuvieron así otra forma de obtener riquezas y vivir con las reses o ganado, por lo cual ellos lo llamaron “riqueza que se mueve por medio de sus pies”. En latín pies se dice pes y, por tanto, el ganado recibió la denominación de pes, primero y pecus después, y pecus fue la primera forma patrimonial, tanto en lo individual como en lo colectivo o tribal.

Con el desarrollo en Roma, la pes o pecus constituyó el medio más común de cambio, o sea de moneda. Con el tiempo por la época de los reyes, se constituye y simplifica con el uso de lingotes de cobre, a los cuales el Estado acuñaba la cabeza de un pecus, o sea de un buey. A esta moneda se lo denominó con el mismo nombre de pecus.

“La Lex Julia fue la primera en tratar de él, refiriéndose a su contenido, el glosador Labeón definió a peculatus como: el hurto del dinero público o sobrado, realizado por quien lo conserva, frase esta que delimita las estructuras del hurto común, del peculatus y del abuso de confianza propio del particular, sobre bienes no estatales.

⁴ FLORES Uzcáegui Gustavo y GARCÍA Falconi José: Manual de Prácticas Procesales en los Juicios por Peculado.

El tiempo amplió este concepto: para la época del Digesto de Ulpiano, el peculatus era el hurto del pueblo romano, que era el que pertenecía al Estado romano, en su generalidad. Hurtar dinero del municipio escribe PAPILIANO no es peculatus sino hurto común. Trajano y Adriano extendieron el peculatus a todo hurto de dinero público, así fuera municipal. Así llega al Código Toscano.”⁵

Esto se refiere que en la antigüedad se lo consideraba como hurto y no más como se lo conoce en la actualidad el delito de peculado.

4.1.5.2.- Concepto.-

Peculado es la apropiación o distracción voluntaria, con provecho propio o ajeno, de dinero u otra cosa mueble, perteneciente a la administración pública. Por parte de un funcionario público o del encargado de un servicio público, que está en posesión de ello por motivos de su cargo o servicio.

Es también peculado: “El funcionario público o el encargado de un servicio público que, teniendo por razón de su cargo o de su servicio, la posesión de dinero o de otra cosa mueble, perteneciente a la administración pública, se los apropie o los distraiga en provecho propio o ajeno.”⁶

Para Carrara el peculado es la apropiación de cosas públicas cometidas por una persona investida de algún cargo público, a la cual, precisamente en razón de este, le fueron entregadas, con la obligación de conservarlas y devolverlas, las cosas de que se apropia.

⁵ FLORES Uzcáegui Gustavo y GARCÍA Falconi José: Manual de Prácticas Procesales en los Juicios por Peculado.

⁶ FERREIRA D Francisco José, Derecho Penal, Tomo II editorial TEMIS Bogotá- Colombia, 2006, pág. 287,288

Maggiore nos enseña que “Peculado (péculat Amtsunerschlagung) es la apropiación de dinero o de una cosa mueble, perteneciente a la administración pública, cometida por un funcionario público o el encargado de un servicio público, que por razón de su carga esta en posesión de esos bienes.”⁷

Carlos Molina Aerrubia nos dice en un sentido más jurídico y teniendo como referencia a la época actual que se entiende por peculado la incorrecta aplicación de las cosas o efectos confiados a un funcionario que tenía el encargo de darles un fin previamente convenido o establecido.

Para Escriche el peculado es la Sustracción de caudales del erario público, hecha por las mismas personas que los manejan.

Finalmente, Cabanellas nos ilustra indicando que peculado es la Sustracción, apropiación o aplicación indebida de los fondos públicos por aquel a quien está confiada su custodia o administración.

De las citadas definiciones podemos colegir que el delito de peculado implica actuación consiente y voluntaria para la disposición arbitraria, dolosa de fondos, bienes públicos, de empresas, instituciones en que esta tenga parte, fondos para fiscales, apropiándose en beneficio propio o de un tercero, algún bien o dinero que el servicio público tiene en su poder o bajo su control en razón de su cargo, tendencia o custodia confiada en razón o con ocasión de sus funciones, podríamos decir que en la actualidad este tipo de delito se ha sofisticado tanto que ha llegado al sistema financiero para crear lo que conocemos como peculado bancario, por lo que esta clase de conducta agota

⁷ FLORES Uzcáegui Gustavo y GARCÍA Falconi José: Manual de Prácticas Procesales en los Juicios por Peculado.

el iter crimines en todas sus fases, siendo eminentemente doloso, en muchos de los casos ha llegado hasta el campo científico.

Tratándose el peculado de un delio pluriofensivo, el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección, jurídico penal:

- a. Garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública.
- b. Evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebrante los deberes funcionales de lealtad y probidad.

La norma que tipifica este delito tiene como objeto la protección de la infanilidad de los intereses patrimoniales del Estado y controlar los excesos de poder que los funcionarios puedan cometer en el ejercicio de su función al administrar dineros públicos.

4.1.5.3.- Clasificación de Peculado.-

Como hemos analizado anteriormente, el término peculado se usa de manera general para expresar la idea apropiación de fondos pertenecientes a la administración pública, realizada por el encargado de administrarlos, ese se ha desarrollado en las diferentes, diversificado sus formas o maneras de tipificación, por lo que analizaremos las formas más conocidas o diferentes clasificaciones que han dado la ley y la doctrina así tenemos:

4.1.5.3.1.- Peculado Propio e Impropio.-

En la doctrina Carrara, distingue entre peculado propio e impropio, define al primero diciendo que es la apropiación de cosa pública cometida por una persona investida de un oficio público, a al cual en razón de él le había sido

entregada la cosa apropiada, con la obligación de conservarla y restituirla”; mientras que el segundo o sea al peculado impropio, indica que es un delito contra la propiedad, como por ejemplo el hurto de cosa pública, cometido por persona extraña a su administración.

El peculado propio es una figura delictiva, que tiene como elementos típicos que el sujeto activo sea un funcionario público, entendiéndose como tal aquel que realiza la función pública, se trata de un delito especial propio, no todo funcionario público será autor de ese delito, el tipo penal exige que la administración, percepción o custodia de los bienes públicos deben haber sido confiados al funcionario público en base al cargo que ocupa, requiriéndose la existencia de una relación funcional específica.

En el Peculado Impropio, encontramos verbos rectores alternativos del comportamiento típico, esos son apropiarse y utilizar, existe apropiación cuando el sujeto activo realiza actos de disposición personal de caudales o efectos de propiedad del Estado u que el agente posee en razón de su cargo para su correcta y diligente administración o custodia; y; utilizar es servirse del bien como ejercicio de una ilícita propiedad sobre el mismo y que excluye de ella al estado, esta forma delictiva también se denomina peculado por extensión, incluidos los particulares en el caso del sistema financiero, el denominado peculado impropio requiere por parte del agente un acto de disposición de los bienes caudales o efectos sin orden, conocimiento o consentimiento de la autoridad.

También debemos aclarar que en la doctrina moderna se distingue entre peculado (propio) y malversación de fondos públicos, aunque por lo regular las

legislaciones emplean una u otra denominación en sentido genérico, de tal forma que dentro de la primera se incluye la última y viceversa.

Comparativamente el Código Español, bajo la denominación genérica de “malversación de caudales públicos” que significa intervenir a estos ilícitamente, comprende el peculado propiamente dicho y dos figuras distintas de malversación.

Así tenemos por ejemplo, la primera consiste en la aplicación a sus propios o ajenos de los caudales o efectos puestos a cargo del funcionario público y la segunda, aquella que se configura cuando este “diere a los caudales o efectos que administrare una aplicación pública diferente de aquella a que atuvieren destinados”. En otros casos se llama peculado a la malversación por aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados los caudales o efectos y a la que está construida por el uso indebido (sin apropiación) de los mismos, al peculado propio.

4.1.5.3.2.- Peculado por Aplicación Oficial Diferente.’

Analizaremos diferentes conceptos entregados por la doctrina sobre este tema así:

El funcionario público que diere a los fondos o efectos que administra una aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, incurrirá en interdicción para ejercer empleo o cargo público.

Si de ello resultare algún daño o perjuicio, se impondrá además una multa.

Respecto de la puntualidad de esta figura no existe uniformidad en la doctrina ni en el derecho escrito.

Este sería –dice MAGIORE- “el caso del funcionario que dispusiera arbitrariamente la ejecución de trabajos públicos, para procurarse electores”. Y agrega a continuación: “En cambio, no constituye peculado, sino simple ilícito administrativo, el traslado indebido a un capítulo a otro del presupuesto”.⁸

GROIZARD formula severas críticas al legislador español por haber incorporado la referida (traslado indebido de una partida presupuestaria a otra) a su Código, en donde paso a varios iberoamericanos, entre ellos a los nuestros.

Estima dicho tratadista, que:

“No es bastante por si sola la infracción de los reglamentos administrativos respecto de la aplicación de los caudales públicos. Para poder equitativamente castigar con una pena, a quien sin intervención de lucro ni ánimos siquiera de perjudicar al Estado, da a los fondos que tiene bajo su mano, la aplicación pública distinta de aquella para la cual estaban consignados”.⁹

GONZÁLEZ ROURA, destaca que “la indebida aplicación de un funcionario público que da a los caudales que administra, interviniéndoles en objetos de utilidad común, no solo no hay el dolo criminal que lo mueve cuando se apropia de ello, sino que indudablemente en el primer caso, cree él hacer una obra

⁸ FLORES Uzcáegui Gustavo y GARCÍA Falconi José: Manual de Prácticas Procesales en los Juicios por Peculado.

⁹ PACHECO Osorio, Pedro: Derecho Penal Especial.

meritoria y el perjuicio solo es posible, si existe por igual, para la opinión en general, que no ve en ello la obra de un delincuente.

Es así como es de costumbre en el poder que Presidentes, Ministros, Gobernadores, dan a los caudales públicos un destino diferente del señalado por la ley, por lo tanto ni ellos han sido considerados como malversadores, ni el público les ha considerado como tales.

Ahora bien, los argumentos citados no bastan para quitarle al hecho el carácter delictuoso, lo que se protege con su incriminación no son los fondos públicos, sino la administración pública, la cual no puede dejarse ni estar sujeta al capricho de sus servidores, con el riesgo de que se convierta en el caos la administración de los recursos públicos. Podemos entender que lo que se castiga es la violación de la norma, por desvió de los dinero o efectos públicos, dando un destino diferente al determinado, por tal razón la pena no puede ser más benigna o benévola.

Es muy importante para la buena marcha de la administración pública, que los fondos públicos sean administrados correctamente, al amparo de lo que dispone la Constitución de la Republica y las leyes que la consagran.

Se debe tener en claro, que el sujeto activo del delito, es únicamente el funcionario público que administra, tiene bajo su responsabilidad los valores o recursos públicos o efectos respectivos a él encomendados.

Un particular, salvo ciertos casos de excepción, como explicaré más adelante, no puede cometer esta clase de delito, en la misma situación se halla el funcionario público que no tiene la administración directa de los bienes o

recursos, por lo tanto habrá que determinar los grados de responsabilidad, de participación dentro de la administración de los recursos públicos; sin embargo, pueden concurrir como partícipes, por cuanto el verbo administrar abarca su acepción propia de "gobernar, regir, cuidar": el funcionario que posea cierta facultad dispositiva sobre los fondos", es decir basta que tenga el cuidado de los recursos públicos o efectos, aun con el encargo preciso ,de no disponer de ello en forma alguna podrían encontrarse inmersos en esta clase de delitos.

Este cita un ejemplo al respecto, manifiesta que estando habilitado por medio de una ordenanza para pagar una cuenta a Cayo, en cambio le paga a Sempronio, no comete delito; pero no por la razón expuesta por dicho autor, (ordenanza) sino por otras distintas, por cuanto el empleado desobediente no tenía la administración de esos dineros, ya que ni siquiera se los entregaron para que los cuidara, sino que se le autorizó para entregarlos al acreedor del fisco, porque no les varió el destino que les señaló la ley, ordenanza, acuerdo, decreto o reglamento, etc. entonces dejar de satisfacer el capricho de un funcionario, ante dos acreedores con igual derecho prefiere a uno, no es atentar a la administración pública.

Es necesario precisar cuáles son los valores o recursos del Estado, por un lado tenemos los bienes de cualquier especie, como por ejemplo los dineros; por otro, los efectos son principalmente los documentos o valores mercantiles, en el sentido en que se usa este término de expresión legal.

Cabe indicar que los caudales (dineros) o efectos (títulos valores) pueden ser públicos o privados. "públicos", cuando dependen directamente del erario nacional y se encuentran controlados por una entidad estatal, son privados

cuando las instituciones u organismos que lo administran sean considerados de naturaleza jurídica privada, así tenemos por ejemplo: las instituciones Financieras y Bancarias, aquellas instituciones que siendo de naturaleza jurídica privada, mantienen recursos públicos en más de un cincuenta por ciento.

La aplicación, en cambio, que les dé el funcionario, debe ser oficial, si les da un destino privado, no estará en presencia de esta infracción. Y cómo darles una aplicación oficial a bienes privados.

4.1.5.3- Peculado por Sustracción o Expropiación.-

El funcionario público que por cualquier forma haga uso indebido de los fondos, caudales, u otros objetos que por razón de sus funciones esté encargado de recaudar o administrar, incurrirá en el delito de peculado, será sancionado de conformidad con la ley así como la pérdida de derechos y funciones públicas, por un determinado tiempo, siempre que tales sumas o efectos se reintegren antes de que se inicie la investigación criminal correspondiente.

El sujeto activo de este delito es el funcionario público que por razón de sus funciones está encargado de recaudar o administrar los caudales u otros objetos.

El verbo recaudar está empleado en el sentido de cobrar o percibir caudales o efectos, no siempre, será necesario que el servidor público tenga el encargo de administrarlos, como si sucede en otros casos simplemente tiene la función de recibirlos para entregarlos enseguida a otro, puede ser en este caso responsable del delito.

No parece discutible que frente a las legislaciones, como la italiana o la española, las cuales establecen como requisito indispensable de este delito, que el funcionario tenga la cosa en posesión o a su cargo, no sea él en esencia sino un abuso de confianza calificado.

Por ello, el verbo administrar, está indicando que no siempre es necesario que el culpable disponga de autonomía para la tenencia o administración de los bienes.

4.1.5.3.4.- El Peculado Financiero y Bancario.-

El llamado peculado bancario se encuentra tipificado en el Ecuador desde el año de 1872, cuando en la norma se habla de los valores que se encuentran en los bancos del Estado o comerciales.

Allí legislativamente ya se prevé el concepto de lo que son fondos captados del público; como los bancos reciben esos fondos y con ello efectúan operaciones financieras, fundamentalmente de crédito, que es la actividad peculiar del banco, por su naturaleza hacen que los fondos captados del público entregan orden económico social, en las actividades de los mires de agentes económicos que dinamizan en progresión geométrica con su actividad de producción, distribución y consumo, los dineros que les han sido prestado por los bancos; por ejemplo, si una persona acude a un banco pide un crédito para comprar una furgoneta que le permita repartir encomiendas, como el germen de una empresa de correo expreso, con el solo hecho de adquirir el vehículo con el préstamo dado por el banco, en progresión geométrica, dinamiza el movimiento de los bienes económicos y de la riqueza, desde la

primera entrega de paquetes que haga, de múltiples fuentes y personas, de manera que se forma una red en el orden económico de la sociedad.

Por ello cuando en forma abusiva un banquero distrae esos fondos en su propio beneficio o de un tercero, perjudica el orden económico social, que se ve afectado porque los recursos no llegan en forma lícita y oportuna a la sociedad sino a los bolsillos del banquero corrupto o de sus asociados; allí encontramos los elementos típicos del delito penal económico, como es indudablemente el peculado bancario.

Los elementos del delito penal económico son tres:

1. El orden económico social como bien jurídico protegido,
2. Una maniobra fraudulenta para abusar de los fondos captados del público,
3. La violación, es decir la conducta ilícita que consiste en irrespetar alguna norma, no necesariamente penal, sino que puede ser administrativa, inclusive resoluciones de la Superintendencia de Bancos, para configurar la maniobra abusiva de los fondos de fuente pública.

Es necesario insistir que desde la más remota redacción normativa respecto al peculado, se configuró este tipo penal que alcanza como sujetos activos no sólo a los funcionarios públicos sino también a los particulares, que aunque sea circunstancialmente tengan a su cargo o puedan disponer en razón de su cargo de fondos públicos o privados; en este último caso, ya existe previsto el peculado bancario, cuando un banquero abusa de los fondos captados que se convierten en fondos públicos, pero provenientes de personas privadas o particulares.

En consecuencia, el peculado bancario estuvo conocido siempre en la legislación ecuatoriana, a partir de 1872.

En cualquiera de las formas de peculado, sea éste común o bancario, la conducta a típica podía consistir en desfalco, malversación, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante, partamos de un ejemplo:

Un presidente de la República poco antes de ser depuesto, ordena que se le entreguen varios cheques de fondos reservados o secretos a cargo de la Presidencia, a través de la Secretaria General del Gobierno; girados los cheques contra la cuenta del Estado, se encarga a dos guardaespaldas y talvez a un edecán, que vayan a cambiar los cheques en el Banco Central, entidad en la que, efectivamente, entregan en varias fundas el dinero a cambio de los cheques presentados; para no llevar varias fundas, se ponen todo los caudales en un saco de costal, con eso el Presidente es depuesto y viaja al exterior-. Entonces este es una clase de peculado propio, sin embargo de ello no se lo ha podido juzgar ya que no ha regresado al país, debido a que consiguió asilo político en otro país.

Daremos una visión diferente es así que comenzaremos diciendo que existe el abuso de depósitos y créditos bancarios, otras operaciones financieras similares, al respecto, los "Autores Dolcine y Paliero, al hablar de un reciente estudio, sobre los problemas de Derecho Penal Bancario han hecho constar, que dentro de éste ámbito, debe recalcarse la posición diferente que ocupa el factor -Banco- en la etiología y en la dinámica de las infracciones de semejante naturaleza; es decir que hay que acudir, para ofrecer un sistema elemental de aquellas, a tres grupos de hipótesis.

1ra. Hipótesis.- Donde el banco es "autor" de la infracción.

2da. Hipótesis.- En donde el banco es la "Víctima"

3ra. Hipótesis.- Que el banco se presenta como instrumento de la lesión jurídica, proporcionando el medio -económico jurídico- para realizar una infracción que implica un autor y una víctima, ajenos a la institución."

Las citadas hipótesis las podemos relacionar con el Peculado Bancario de la siguiente manera:

a) Las infracciones económicos-penales de las instituciones bancarias:

Caben destacar dentro de este apartado, el llamado insider borrowing, que consiste en la concesión de auto préstamos bancarios abusivos.

No se trata simplemente de un auto préstamo, porque como advierte Carmen Arasa, que la mera situación del prestatario en relación con su propio banco por parte de los consejeros, directivos o ejecutivos o de empresas en las que éstos tuvieran intereses, no tendría por qué ser abusiva, ni en su caso ilegal; en este sentido es bien sabido que para el desarrollo eficaz y a largo plazo de ciertos negocios en los que los bancos se involucren de forma relevante como prestamistas, podrá resultar conveniente la instrumentación de ocasionales cruces que podrán propiciar formas varias de "auto préstamo".

La infracción penal habrá de ser situada en niveles de auto préstamo que genera un peligro al sistema de garantía de depósitos, que ponga al banco en riesgo de quiebra, incluso afecte en forma notable su posición saneada.

Bien vale la pena poner el ejemplo del ordenamiento penal suizo, en donde existen dos figuras semejantes al insider borrowing, en el que se trata del delito de "abuso de confianza" que el Tribunal Federal suizo ha dicho que el autor que goce de un poder de hecho sobre los bienes de otro y disponga de ellos de manera ilícita.

La extensión de este poder depende del contenido de la relación de confianza entre el autor y la víctima; no se trata por lo tanto de una acción de estafa, sino el quebrantamiento del abuso de confianza, constituido por un comportamiento de malversación.

Así mismo, el Código Penal suizo recoge la figura de la: "administración infiel continuada" (infidelidad de la actividad cambiaria...También, dentro del mismo cuerpo punitivo y según otra sentencia del mismo Tribunal, cabe la figura de auto préstamo abusivo, encasillable dentro de la estafa; dicha sentencia, en efecto, condenó el comportamiento de los miembros del Consejo de la Administración de una Banca por haber considerado créditos desmesurados a un accionista principal; esto motivo que la Banca en cuestión deba ser liquidada por vía coactiva.

b) Hipótesis en que el Banco es la víctima de la concesión de crédito:

Además de la posible realización de la estafa (Art. 640 del Código Penal Italiano) en el campo que veníamos estudiando, se considera figura específica la llamada "mentira bancaria", esta figura en el ordenamiento jurídico alemán aparece como delito de peligro, se castigan comportamientos fraudulentos para con el banco, consistentes, incluso en el hecho de omitir datos negativos por el demandante del crédito.

Dentro de este aspecto también cabe enumerar: préstamos concedidos con sociedades inexistentes o inactivas, préstamos a personas ficticias, disposición de descubiertos sobre cuentas abiertas con nombre falso, acuerdos "dolosos" con clientes, etc."

c) El Banco se presenta como mero instrumento de la infracción:

Esta situación se da cuando se recogen "capitales", se compran acciones u otros títulos valores sirviéndose sus autores del nombre de bancos legales y de sus técnicas, para aprovecharse de las mismas.

Dentro de este espacio parece que deben incluirse los comportamientos de los agentes mal preparados profesionalmente y ambiciosos que se lanzan a jugar papeles de intermediación financiera, como es obvio, en detrimento de sus "clientes".

Referente al tema en nuestra legislación, vale la pena examinar el Art. incorporado 257-A. el 13 de mayo de 1999, mediante L. 99-26, publicado en el Registro Oficial No. 190, en el cual se amplía la figura del peculado.

En efecto este artículo, fue incorporado con el afán de regular el accionar negativo de la bancocracia ecuatoriana, para combatir el "PECUI-ADO BANCARIO" cometido por parte de los banqueros corruptos de nuestro país.

Es el mayor atraco de la historia el Feriado Bancario, ocurrido en nuestro país, es el "robo descarado" de los ahorros de miles de ecuatorianos en el Banco del Progreso, como en todo el sistema financiero nacional.

Cuando se empieza a tipificar los crímenes de peculado relacionados con la actuación dolosa, de los servidores del sistema financiero como de los organismos y entidades del sector público, que hubieren abusado de dineros públicos o privados, con la finalidad de obtener o conceder créditos vinculados, en este caso necesariamente aparecen nuevas figuras delictivas, como el testaferrismo, las empresas de papel, las personas inexistentes o presta nombres entre otras figuras que sorprenden al sistema judicial, las cuales fueron inventadas por los inescrupulosos banqueros.

En efecto, en las últimas décadas del siglo XX ya aparecieron formas de criminalidad económica relacionadas con los modos de utilizar el control de la riqueza (medios económicos) a gran escala, en nuestro país recién empiezan a tomarse en cuenta estos delitos, de varias maneras se trató de criminalizar estas conductas, sin embargo el poder económico puso el freno necesario en el congreso, como en los gobernantes de turno, para que la legislación penal no se desarrollara.

Entre los principales tenemos los siguientes: El reciclaje de fondos de origen ilícito: dinero gris (producto de la evasión fiscal de personas adineradas, empresarios, desfalcos fraudulentos, etc.); o dinero negro (producto del tráfico de drogas, secuestros, etc.) abuso de información privilegiada: los crímenes informáticos; el abuso de depósitos y créditos bancarios. Este último modo, relacionado con la criminalidad económica, el que tendría que ver con el "peculado bancario" (Derecho Penal Bancario), con los créditos vinculados.

4.1.6.- Concepto de Servidor Público.-

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

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

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

El servidor público tiene en su puesto de trabajo un medio permanente de vida, que le permite atender la subsistencia y necesidades tanto personales como las de su familia, convirtiendo a su empleo en su profesión u oficio.

Como referente en la legislación comparada en este tema encontramos definiciones más amplias así la Ley de Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas de España, en su Artículo 82, numerales 1 y 2 expresan que "son funcionarios públicos, quienes, previa oposición o concurso, presten

en ellos, (Instituciones y Organismos del Sector Público) servicios permanentes, figuren en las correspondientes planillas y perciban sueldos o asignaciones fijas con cargo a los presupuestos respectivos.

Por otra parte, la Ley de Régimen Local vigente en España, en su Artículo 319 manifiesta que son funcionarios de la administración local, los que en virtud de nombramiento legal desempeñan en las entidades u Organismos que la constituyen servicios de carácter permanente, figuren en las correspondientes planillas y perciban sueldos o asignaciones fijas con cargo a los presupuestos respectivos.

En las citadas definiciones aparecen dos características, una objetiva, otra de carácter netamente jurídico; en la primera se refiere al funcionario público que presta sus servicios profesionales los cuales son retribuidos económicamente. (La retribución es inherente a la profesionalidad); mientras la segunda es el vínculo que une al servidor público con el Estado, regulado por las leyes .en el campo administrativo.

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

"Es el que, en virtud de designación especial y legal (sea por Decreto Ejecutivo, sea por elección) y de manera continua bajo formas y condiciones determinadas en una delimitada esfera de competencia, constituye o concurre a "constituir", y a "expresar o ejecutar" la voluntad del Estado, cuando esa

voluntad se dirige a la realización de un fin público, ya sea actividad jurídica o actividad social.”¹⁰

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

Cabe destacar que, tanto la legislación; la jurisprudencia y la doctrina, diferencian al funcionario del empleado público; así al primero, en base a su título o su especialidad, realiza trabajos de índole intelectual o profesional, tenemos en este grupo a las autoridades y los funcionarios que se encuentran tras de un escritorio; en tanto a los segundos, se los considera aquellos que realizan trabajos de tipo manual o material, en este grupo se encuentran los conserjes, los choferes, todos aquellos que realizan actividades que no requieran título profesional.

¹⁰ BIELSA Rafael: Derecho Administrativo, sexta edición, tomo III, s.e., Buenos Aires-Argentina, 1980, p. 11

4.1.7.- Concepto de Servicio Público.-

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

Así, Sarria Eustorgio dice: "Servicio público es toda actividad encaminada a satisfacer una necesidad de carácter general, en forma continua y obligatoria, según la ordenación del derecho público, bien sea que su prestación está a cargo del Estado directamente o de concesionarios o administradores delegados, o a cargo de simples personas privadas".

Cretella Junior: Citado por Emilio Fernández Vásquez manifiesta: "servicio público es toda actividad que la persona jurídica directa e indirectamente ejerce, para satisfacer necesidades colectivas, mediante procedimientos peculiares de derecho público"

Rafael Bielsa establece: "La función pública es lo abstracto y lo general, y el servicio público, lo concreto y lo particular en el sentido de que se actualiza y materializa la función".¹¹

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

¹¹ SARRIA Eustorgio: Derecho Administrativo, quinta edición, editorial Temis, Bogotá, 1968, p. 79.

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

4.2.- MARCO DOCTRINARIO.-

4.2.1.- Evolución del Peculado a través de los Diferentes Códigos Penales.-

Entre las leyes más antiguas de la humanidad que hablan del tema conocemos, el Código de Manú o Leyes de Manú, dedica algunas de sus disposiciones al peculado o concusión.

En su libro VII, relativo a la conducta que deben observar los reyes dice:

"Muchos soberanos a consecuencia de su mala conducta, han perecido con sus bienes, mientras que ermitaños han obtenido reinos por su cordura y humildad los empleados que llevan su perversidad hasta sacar dinero de los que tienen que tratar con ellos deben ser despojados por el rey de todos sus bienes y desterrados del reino".¹²

De este enunciado estipulamos que hace más de tres mil años ya se castigaba el ilícito de peculado o concusión, en la clase dominante, como en la de los dominados.

Sin embargo de ello en el esplendor del imperio romano se designó con el nombre de peculado al hurto de las cosas muebles pertenecientes al Estado. (Peculatus) viene de pecus: ganado, se le dio este nombre por cuanto antes de que se difundiera el uso del dinero, los animales destinados a los sacrificios constituían los bienes muebles más importantes entre los bienes públicos, por

¹² FLORES Uzcáregui Gustavo y García Falconí José: Manuel de Practicas Procesales en los Juicios por Peculado, segunda edición aumentada y actualizada, Quito- Ecuador, 1982, p. 57,28

lo tanto, el hurto de esa clase de bienes era el delito más castigado dentro de la legislación romana).

El delito de peculado revistió después, a través del tiempo, diversas modalidades: así tenemos por ejemplo la sustracción de metales o monedas del erario de la comunidad romana, constituyó la forma frecuente y más importante de este ilícito, también la apropiación por parte, de los jefes militares del botín de guerra, su artificiosa o falsa evaluación, así como la de acuñar más monedas públicas que la autorizada, todos éstos actos eran considerados como delito de peculado.

En el derecho romano, la palabra peculado, se utilizó también para calificar el delito, que consistía en el hurto de dineros o cosas pertenecientes al pueblo romano, a los que consideraban como sacras, delito cometido por quien estuviese encargado de su administración.

Luego esta denominación se reservó para el peculado propiamente dicho, que podía recaer sobre cualquier dinero o valor custodiado en el arca pública, aunque no fuere del pueblo romano, sino de una ciudad o de otra administración pública. Este delito consistía en dar a los dineros públicos, un destino diferente del que tenían o en no anotar en los registros públicos la totalidad de lo recaudado, por esta razón se la denominó **crimen de residuos**, era sancionado con la interdicción del agua, del fuego, además de la pena pecuniaria correspondiente.

De tal modo que en el primitivo Derecho Romano, la sustracción del dinero público, se consideró digno de castigo a causa de la cosa sustraída, que era sagrada, es por esto que los reos de peculado fueron colocados en compañía

de los sacrílegos; en cambio que en el derecho cesáreo predominó el criterio de la traición a la confianza, de la facilidad para delinquir; por ello es precisamente aquí que nacieron las divergencias y consecuencias de la práctica de este delito:

1.- El sujeto pasivo del peculado era únicamente el patrimonio del pueblo romano, que se consideraba sagrado, no las propiedades de los municipios y de las ciudades; que se consideraban privadas.

2.- La sustracción del dinero del pueblo romano constituía peculado, aunque fuera cometido por un cargo a la fe pública.

3.- Al contrario, cuando el derecho cesáreo empezó a deducir de la traición a la confianza al criterio contra los reos de peculado, aquellas dos proposiciones o consecuencias anotadas, cambiaron naturalmente de sentido.

4.- También las cosas de las ciudades, de toda la administración pública, era sujeto pasivo del peculado.

5.- La mayor severidad de las leyes penales debían reservarse para los que se apoderaban del dinero público, abusando del cargo que les fue confiado.

La diferencia entre el delito de peculado y el de residuos, consistía en lo siguiente:

Se llamaba reos de residuos, aquellos administradores que después de rendir cuentas retenían el dinero que debían presentar como saldo de caja, es la retención del dinero público no ingresado al erario nacional; en cambio que, peculado era hurto de dineros públicos en forma directa.

Respecto a la pena con que se castigó el peculado en la antigua Roma, podemos señalar en un primer momento era la interdicción del agua y del fuego, más tarde le sucedió la deportación, Teodosio impuso la pena de muerte, aunque únicamente respecto a los funcionarios que tuvieran jurisdicción o Mando de administradores de los caudales públicos.

En Nápoles en 1.510, el peculado se castigaba con multas a los nobles y los plebeyos, con 3 años de trabajo forzado en servicio del Estado, en el caso de que hubieran robado mármol, bronce o plomo de las fuentes públicas.

“Una Ley de las Partidas ordena que el que tenga dinero del rey o de algún pueblo para pagar salarios, realizar algunas labores o para otros fines semejantes, los empleare en su propia utilidad debe restituirlo, además pagar un tercio de su importe, otra ley en cambio impone la pena de muerte al tesorero, recaudador o juez, que robe u oculte maliciosamente alguna cantidad de fondos públicos, aun a los auxiliares, consejeros o encubridores; si el rey o el concejo no demanda el hurto cometido por su oficial dentro del término de cinco años desde la noticia cierta del cometimiento de la infracción, no podrá darse la pena de muerte, sino solo la pena pecuniaria del cuarto de tanto”.¹³

En las legislaciones modernas el peculado se considera como un hurto calificado se lo somete a las penas de trabajos forzados o reclusión temporal, también cárcel, es de advertirse que algunos Códigos Penales contemporáneos equiparan igualmente las penas, de hurto calificado y el peculado, otros como el Gregoriano castiga más severamente, Castigando a los malversadores con la pena de trabajos forzados.

¹³ FLORES Uzcáregui Gustavo y García Falconí José: Manuel de Practicas Procesales en los Juicios

También encontramos en la legislación Rusa que el príncipe Melzichoff fue condenado por malversación, a una multa de trescientos mil escudos, a la pérdida de los honores, el Almirante Apraxon a la confiscación de sus bienes y a la muerte.

4.2.2.- Historia del Delito de Peculado en el Ecuador.-

En los últimos tiempos ha existido un gran debate sobre el alcance, vigencia y contenido de la Ley, en lo que tiene que ver con la tipificación penal del delito de peculado, incluyéndose el peculado bancario y más tarde el llamado peculado menor, incorporado en forma paradójicamente incongruente, para rebajar las penas en casos especiales que debían mantenerse en el peculado general.

Sobre todo la controversia se ha producido respecto a la prescripción de la acción y de la pena en el delito de peculado.

Estimamos importante presentar el análisis histórico de la legislación al respecto, con el afán de clarificar definitivamente esta discusión, sobre todo por la importancia que se ha presentado en los actuales momentos en la práctica de esta clase de delitos, en lo referente a la prescripción de las causas.

"El documento de trabajo No- 29 sobre la MALVERSACION, emitido por la Contraloría General de la Nación, publicado en Enero de 1.977, por el departamento de Estudios Jurídicos, de esa Institución, establece que el primer Código Penal Ecuatoriano, aprobado por el Congreso Nacional, presidido por Juan José Flores y sancionado por Vicente Rocafuerte el 17 de abril 1.837,

contiene en su primera parte lo referente "a los delitos contra la causa pública" en los títulos sexto y séptimo de los delitos contra la Hacienda Nacional."¹⁴

El Capítulo I del referido Código, trata "Del extravío, malversación, mala administración de los caudales y efectos de la Hacienda Nacional, tipificados en los artículos 240 a|332; mientras que, los delitos de los Funcionarios Públicos en el ejercicio de sus funciones constaban en los artículos 369 al 371, inclusive.

Las disposiciones que contienen estos artículos, se hallan inspiradas en la Legislación Española, que tiene ciertas innovaciones muy sutiles de tipo reglamentario, más adecuadas para una Ley de Hacienda, que para la aplicación de un Código Penal, con una innecesaria separación en títulos de defectuosa denominación, cuanto más, que los unos y los otros son delitos de funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, atentatorios contra la Hacienda Pública, o lo que en la actualidad podemos llamar Administración Pública, hubiera sido conveniente normar las disposiciones en un solo título, en esta época se tenía influencia del Código Español, que sirvió de base para la elaboración del nuestro.

En todo caso, vemos que se nota la preocupación del gobierno por esta clase de delitos, con la expedición de disposiciones legales, con el afán de precautelar el erario público y los intereses nacionales, sancionando a aquellos sobre quienes recaigan las responsabilidades. Mientras que por otro lado, se elaboraba por esa época la Ley Orgánica de Haciendas.

¹⁴ CANCIO Moreno, José Antonio: Corrupción Administrativa y Delincuencia Judicial, editorial ABC, Bogotá, L994, p.79

4.2.3.- Los Códigos Penales de 1.871, 1.906 y 1.938.-

El segundo Código Penal fue elaborado por la Asamblea Constituyente del 23 de octubre de 1.871, promulgado el 3 de noviembre del mismo año por el Presidente Gabriel García Moreno, en este Código, las disposiciones sobre malversación y peculado se encuentran reducidas a un sólo artículo, que era el 257, perteneciente al Capítulo IV, relativo a los "Abusos y Concusiones cometidos por funcionarios públicos". Del Título IV cuyo epígrafe es: "De los crímenes y delitos contra el orden público, cometidos por funcionarios en el ejercicio de sus funciones", parte del libro II intitulado "De las infracciones y su represión en particular". Su tenor literal fue el siguiente:

Art. 257; "Serán castigados con reclusión de tres a seis años, todo empleado público, toda persona encargada de un servicio público, que hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que lo representen, de piezas, títulos, documentos, o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo."¹⁵

Este artículo señalaba la Contraloría, que se inspiró en la Legislación Belga, con el cual guarda estrecha relación, en la forma de represión, en la calidad de los sujetos, en la enumeración de los objetos y en la clase de vínculo requerido, así como en la consideración de la relación entre el valor de los objetos con el monto de la fianza rendida por el funcionario para el desempeño de su cargo.

Se difiere de éste, además de pequeñas variaciones formales y de redacción, el que elimina el término "malversación" y "malversado" y emplea en cambio de ellos, el Código Penal Ecuatoriano, los términos "abusos" y "abusado".

¹⁵ Código Penal

La introducción de este término en nuestra tipificación penal, si bien ha producido dificultades de interpretación y aplicación, ha cualificado en forma más eficiente al delito de peculado, al núcleo del cual se deriva el tipo delictivo y al elemento intencional tan necesario para la punición y reconocimiento de la infracción.

Con este nuevo Código Penal se deroga la fianza, que mantenía entre sus disposiciones el Código de 1.837, que había sido inspirado en el Código Español, del cual también había desaparecido.

La adopción casi textual del Código Belga, de la cual hasta el momento no nos apartamos definitivamente, fue fiel reflejo del espíritu pseudo jurídico que hasta la actualidad nos agobia, en cuanto siempre hemos de copiar legislaciones, sin jamás preocuparnos de su aplicabilidad en nuestro medio y en cuanto tal cosa sucede o no, se forjan en cambio leyes sin filosofía, sin ninguna orientación e improvisando normas de acuerdo a intereses personales de quienes las formulan, que privan a la legislación penal ecuatoriana de la amplia gama de tipificaciones que pudieran darse, naciendo la impunidad de muchas infracciones, que bajo pretexto de duda sobre su interpretación más bien vienen a favorecer al reo, con lo cual se causa grave perjuicio a la sociedad y en el caso específico de este delito al patrimonio público.

4.2.4.- El Tercer Código Penal.-

Lo dicto el Congreso Constitucional de 1.889, sancionado por el Dr. Antonio Flores Jijón, fue publicado conjuntamente con el Código de Enjuiciamiento Criminal.

En éste Código, en el artículo 256, se encontraba citado el delito de peculado y su texto es casi igual al anterior que me he referido.

4.2.5.- El Cuarto Código Penal.-

Este Código fue promulgado por el general Eloy Alfaro el 26 de mayo de 1.906, en este cuerpo de leyes, el delito de peculado se lo tipificaba en el Art. 225 con idéntica redacción anterior.

4.2.6.- El Quinto Código Penal.-

Fue expedido por el General Alberto E. Enríquez Gallo en 1.938, en cambio en este Código, el delito de peculado se encontraba tipificado en el Art. 236 con idéntica redacción al anterior.

4.2.7.- El Código Penal de 1.953 y el Código de Procedimiento Penal de 1.955.-

Estos dos cuerpos legales fueron codificados por la Comisión Legislativa Permanente y se lo publica en el Registro Oficial No. 352 de 2g de octubre de 1.953 y el Código de Procedimiento Penal se lo publicó en el Registro Oficial No. 875 de 11 de julio de 1.955, por la misma comisión de Legislación.

Al igual que los anteriores, en este Código no se encuentran mayores novedades en cuanto al delito materia de la investigación, pues sólo varía la numeración del artículo que tipifica al delito de peculado.

Estos códigos fueron aprobados el 22 de abril y el 9 de mayo de 1.960, respectivamente, por la Comisión Legislativa Permanente y fueron publicados en el Registro Oficial No. 1202 del 20 de agosto de 1.960.

En dichos Códigos a partir del artículo 233 del primero de los citados y 346 del segundo, se reproducen las disposiciones sustantivas y adjetivas de los Códigos de 1.953 y 1.955.

Dentro del Código Penal es suprimido el inc. 3ro, habida cuenta del contenido del Acuerdo de la Asamblea Constituyente dictado el 3 de septiembre de 1.946, publicado en el Registro oficial No. 686 de 13 de los mismos mes y año.

En estos Códigos se han hecho pequeñas supresiones y modificaciones, en su mayor parte a las necesidades de redacción y otras de trascendencia, como la inclusión de los Bancos de Sistema de Créditos de Fomento, la supresión de la palabra "todos" referente a la responsabilidad solidaria por las indemnizaciones; el cambio de género de las palabras "auto/"y "fueros".

4.2.8.- Los Códigos Penales y de Procedimiento Penal de 1.971.-

Estos códigos fueron aprobados el 22 de abril y el 6 de mayo de 1.960, respectivamente, por la Comisión Legislativa Permanente y fueron publicados en el Registro Oficial No. 1202 del 20 de agosto de 1.960.

En dichos Códigos a partir del artículo 233 del primero de los citados y 346 del segundo, se reproducen las disposiciones sustantivas y adjetivas de los Códigos de 1.953 y 1.955.

Dentro del Código Penal es suprimido et inc. 3ro, habida cuenta del contenido del Acuerdo de la Asamblea Constituyente dictado el 3 de septiembre de 1.946, publicado en el Registro Oficial No. 686 de 13 de los mismos mes y año.

En estos Códigos se han hecho pequeñas supresiones y modificaciones, en su mayor parte a las necesidades de redacción y otras de trascendencia, como la inclusión de los Bancos de Sistema de Créditos de Fomento, la supresión de la palabra "todos" referente a la responsabilidad solidaria por las indemnizaciones; el cambio de género de las palabras "autor" y "fueros".

4.2.9. Los Delitos Contra la Eficiencia de la Administración Pública Dentro del Código Integral Penal.-

Es de suma importancia poder establecer cuáles son los delitos que se cometen contra la eficiencia de la administración pública, para que luego en base a un conocimiento general de dichos delitos poder encarnarnos en lo que es el peculado, por lo que a continuación se delimita de manera general cuales son los artículos comprendidos dentro del código integral penal en los cuales se cometen delitos contra la eficiencia de la administración pública.

ART. 279.- Enriquecimiento Ilícito

ART. 280.- Cohecho

ART. 281.- Concusión

ART. 282.- Incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente

ART. 283.- Ataque o resistencia

ART. 284.- Ruptura de sellos

ART. 285.- Tráfico de influencias

ART. 286.- Oferta de realizar tráfico de influencias

ART. 287.- Usurpación y simulación de funciones públicas

ART. 288.- Uso de fuerza pública contra órdenes de autoridad

ART. 289.- Testaferrismo

ART. 290.- Delitos contra los bienes institucionales de Fuerzas Armadas o Policía Nacional.

ART. 291.- Elusión de responsabilidades de las o los servidores de las Fuerzas Armadas o Policía Nacional

ART. 292.- Alteración de evidencias y elementos de prueba

ART. 293.- Extralimitación en la ejecución de un acto de servicio

ART. 294.- Abuso de facultades

A todos esos artículos antes mencionados se le une el peculado el cual está tipificado en el **Art. 278** del mismo cuerpo legal, el cual se centra mi tema de investigación.

4.3. - MARCO JURÍDICO.-

4.3.1.- Derechos Constitucionales en el Ecuador.-

La Constitución de la República del Ecuador en su **artículo 52** nos hace referencia a que: “Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características”.¹⁶

El derecho que posee todo ecuatoriano a obtener bienes y servicios de óptima calidad, se relaciona fundamentalmente en la libertad de actuación y de decisión que posee todo ser humano, esto como característica principal del desarrollo armónico de la sociedad, pero esto debe fundarse a través de una información clara, precisa y verás; con el propósito de acceder a estos bienes con la seguridad de contar con un servicio acorde a las necesidades y desarrollo diario de la sociedad ecuatoriana.

Según el **artículo 76 numeral 1** de la norma constitucional vigente nos indica que: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes”.¹⁷

¹⁶ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Asamblea Nacional 20/10/2008, Art. 52

¹⁷ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Asamblea Nacional 20/10/2008, Art. 76 numeral 1

Los procesos que se encaminen por cualquier causa, violación o atropello a las leyes, así como la defensa de los derechos de las personas, se deberá respetar el debido proceso; es decir no se podrá alterar el orden reglamentario de las actuaciones, es así que todas las autoridades y funcionarios de la república, sean estos administrativos o judiciales; deberán y deben hacer respetar los procedimientos emprendidos, esto en base a la reglamentación pertinente para cada caso. Todo esto partiendo de que las partes involucradas en una causa, puede ejercer reclamos cuando se vean afectados sus derechos.

Dentro del Título VI denominado Régimen de Desarrollo de la Constitución tenemos el **artículo 277 numeral 5**, que hace referencia a: “Para la consecución del buen vivir, serán deberes generales del Estado: Impulsar el desarrollo de las actividades económicas mediante un orden jurídico e instituciones políticas que las promuevan, fomenten y defiendan mediante el cumplimiento de la Constitución y la ley”.¹⁸

El desarrollo económico de un país se fomenta en base a estrategias que contengan un orden jurídico en el que se promuevan y básicamente se incentiva la inversión dentro del territorio nacional, esto por medio de instituciones financieras públicas que permitan acceder a créditos, los cuales admitan acrecentar la economía de todos los que conformamos la nación.

Dentro del problema planteado en mi investigación considero necesario citar el **artículo 328** de la Constitución esto porque en base a él gira en sí la

¹⁸ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Asamblea Nacional 20/10/2008, Art.277 numeral 5

problemática, el cual señala: “La remuneración será justa, con un salario digno que cubra al menos las necesidades básicas de la persona trabajadora, así como las de su familia; será inembargable, salvo para el pago de pensiones por alimentos. El pago de remuneraciones se dará en los plazos convenidos y no podrá ser disminuido ni descontado, salvo con autorización expresa de la persona trabajadora y de acuerdo con la ley. Lo que el empleador deba a las trabajadoras y trabajadores, por cualquier concepto, constituye crédito privilegiado de primera clase, con preferencia aun a los hipotecarios”.¹⁹

La remuneración dentro de una sociedad es de suma importancia esto debido a que está se la da como pago de servicios prestados ya sean públicos o privados; es decir a instituciones del estado o de particulares; dicho salario es convenido previamente entre las partes, siendo este en ciertos casos variable, debido al aumento del ingreso o en ciertos casos por pasar a ocupar otra función distinta a la inicial, a su vez la remuneración se podría decir que es el medio económico por medio del cual subsiste una familia o persona, usándolo para beneficio y bienestar propio.

4.3.2.- Responsabilidades de los Funcionarios Públicos.-

A los funcionarios Públicos se les impondrá una sanción, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que pueda originar de su actuación.

LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA: La Ley Orgánica de Servicio Público LOSEP y su Reglamento en su Capítulo 5 titulado cesación de funciones en los artículos 47, 48 y 49 no especifica sobre el tema propuesto, en

¹⁹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Asamblea Nacional 20/10/2008, Art. 328

lo referente a la Responsabilidad Administrativa Culposa, la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado en su artículo 45, contempla que la responsabilidad de las autoridades, dignatarios, funcionarios y servidores de las instituciones del Estado, se establecerá en base del análisis documentado que se presente por el incumplimiento de sus deberes y obligaciones, en razón de su cargo, así como de las estipulaciones contractuales que por acción u omisión incurran al margen de la Ley²⁰.

En concordancia con este artículo tenemos el art. 212 y art. 233 de la Constitución de la República del Ecuador 2008, nos habla el primero sobre las otras funciones de la Contraloría referente a dirigir el sistema del control administrativo; determinar responsabilidades administrativas y civiles y culposas e indicios de responsabilidades penales; expedir normativas; y asesorar a entidades del Estado que lo soliciten. El segundo artículo señale que ningún servidor o servidora público esta exento de responsabilidad por algún actor ejecuta mientras estaba ejerciendo sus funciones.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL CUIPOSA.- El artículo 52 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, determina que la responsabilidad civil culposa, nace de una acción u omisión culposa aunque no intencional de un servidor público o de un tercero, autor o beneficiario, de un acto administrativo emitido, sin tomar aquellas cautelas, precauteladas o precauciones necesarias para evitar resultados perjudiciales directos o indirectos a los bienes y recursos públicos.

²⁰ Ley Orgánica de Servicio Público Art. 45

La responsabilidad civil culposa genera una obligación jurídica indemnizatoria del perjuicio económico ocasionado a las instituciones del Estado, calculado a la fecha en que éste se produjo, que nace sin convención, proveniente de un acto o hecho culpable del servidor público, o de un tercero, cometido sin intención de dañar, que se regula por las normas del cuasidelito del Código Civil.

Cabe señalar que en la instancia administrativa o judicial, debe probarse por quien afirma la culpa en la emisión o perfeccionamiento del acto o hecho administrativo, que los mismos fueron producto de acciones que denoten impericia, imprudencia, imprevisión, improvisación, in preparación o negligencia.

La responsabilidad civil culposa y órdenes de reintegro se determinará en forma privativa por la Contraloría General del Estado, cuando por los resultados de la auditoria gubernamental, se hubiere determinado que se ha causado el perjuicio económico al Estado o a sus instituciones, como consecuencia de la acción u omisión culposa de los servidores públicos, o de las personas naturales o jurídicas de derecho privado que tengan recursos públicos en más del cincuenta por ciento. (Art. 53: Ley Orgánica de la de la Contraloría).

Finalmente, cuando del examen especial que responsabilidad civil culposa de un tercero, esto es de una persona natural o jurídica privada, que, por su acción u omisión ocasionare perjuicio económico al Estado o a sus instituciones, como consecuencia de su vinculación con tos actos administrativos de los servidores públicos, en estos casos también se

establecerán las respectivas sanciones para aquellos implicados en estas irregularidades.

Estos artículos tienen concordancia con los art 27 y 29 del Código Orgánico Integral Penal:

Art. 27 del Código Orgánico Integral Penal dispone: "Culpa.- Actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso".

Art. 29 del Código Civil distingue tres especies de culpa o descuido, a saber: culpa grave, culpa leve y culpa levísima. El cuasidelito está definido en el artículo 2184 del Código Civil.

LA RESPONSABILIDAD PENAL.- Analizando en secuencia el Código Orgánico Integral Penal encontramos en el articulado 16 sobre el ámbito temporal de aplicación, sobre los sujetos del proceso penal y las o los juzgadores observarán las siguientes reglas en su inciso 4 "Las infracciones de agresión a un Estado, genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas, peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito y las acciones legales por daños ambientales son imprescriptibles tanto en la acción como en la pena"²¹.

El art. 47 hace referencia sobre las circunstancias agravantes de la infracción penal que son según el inciso "17. Cometer la infracción total o parcialmente desde un centro de privación de libertad por una persona internada en el mismo"; "18. Encontrarse la o el autor perseguido o prófugo por un delito con

²¹ Código orgánico integral penal art. 16.

sentencia condenatoria en firme” y “19. Aprovechar su condición de servidora o servidor público para el cometimiento de un delito”.²²

Cuando hablamos de la prescripción de una pena en el Ecuador en el art. 75 dice que la cuando hablamos de peculado la pena no prescribe.

En el Código orgánico Integral Penal en su sección tercera se titula Delitos contra la eficiencia de la administración pública y dedica todo el art. 278 para hablar sobre el peculado “Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, en beneficio propio o de terceros; abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años”²³.

Tendrán una sanción con pena privativa de cinco a siete años los servidores públicos que 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.

También tendrán las mismas penas quienes 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.

²² Código orgánico integral penal art. 47.

²³ Código orgánico integral penal art. 278.

Son responsables de peculado los funcionarios 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 bienes, fondos o dinero. En todos estos casos serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años²⁴.

En caso de que a causa de los actos realizados por los sujetos descritos en el inciso provoquen la quiebra fraudulenta de entidades del Sistema Financiero Nacional, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años.

Si los funcionarios obtienen o conceden 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 y también quien 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.

²⁴ Código orgánico integral penal art. 278

En caso de ser 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.

4.3.3.- Sanciones a los Servidores Públicos.-

La Constitución de la República del Ecuador, en el Art. 233 dispone que ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en 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.

Por su parte, el inciso segundo determina que: "Las servidoras y servidores públicos y los delegados o representantes de 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".²⁵

Como antecedente en la antigua época romana el delito de peculado fue sancionado con la pena capital o sea la muerte; pero a ésta le precedían varias

²⁵ Constitución de la República del Ecuador

penas que aumentaban el sufrimiento de la víctima, se le privaba del agua, del fuego, de su empleo, de su honra.

Más tarde la sanción, fue el destierro para los funcionarios de alto rango, el trabajo en la minas para los empleados inferiores; a esto se sumaba la confiscación de sus bienes, la privación de sus derechos de ciudadanía, la obligación de restituir el duplo o el tercio de lo sustraído.

En nuestra Legislación la sanción por el cometimiento del delito de peculado se sanciona de conformidad con lo establece el Art. 278 del COIP con una pena privativa de diez a trece años, Si los sujetos lo hacen 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; 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 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.

4.3.4. El Peculado y su Relación con otras Legislaciones

4.3.4.1.- Código Penal de Uruguay.-

Artículo 153.- (peculado)

El funcionario público que se apropiare el dinero o las cosas muebles, de que estuviere en posesión por razón de su cargo, perteneciente al Estado, o a los particulares, en beneficio propio o ajeno, será castigado con un año de prisión a seis de penitenciaría y con inhabilitación especial de dos a seis años.

Art. 154.- (Circunstancia atenuante)

Constituye una circunstancia atenuante especial, el hecho de tratarse de dinero o cosas de poco valor y la reparación del daño previamente a la acusación fiscal.

Art. 155. (Peculado por aprovechamiento del error de otro)

El funcionario público que en ejercicio de su cargo, aprovechándose del error de otro, recibiere o retuviere, indebidamente, en beneficio propio o ajeno, dinero u otra cosa mueble, será castigado con tres a dieciocho meses de prisión y dos a cuatro años de inhabilitación especial.

4.3.4.2.- Código Penal Nicaragua.-

Art. 435.- Comete delito de peculado toda persona encargada por cualquier título de bienes o servicios del Estado, sus entes descentralizados o empresas, aunque sea en comisión por tiempo limitado y no tenga carácter de funcionario, que para uso propio o ajeno sustraiga o en general distraiga objetos, dinero, valores, bienes inmuebles o cualquier otra cosa perteneciente al Estado, a sus organismos descentralizados o empresas o a un particular, si por razón de su cargo le hubiere recibido en administración, depósito o por cualquier otra causa. La pena para este delito será de 2 a 12 años de prisión e inhabilitación absoluta. Esta disposición es aplicable a los administradores y depositarios de bienes y caudales entregados por autoridad competente aunque pertenezcan a particulares.

Art. 437.- La pena será de uno a seis meses de arresto, si dentro de los diez días siguientes a aquel en que se descubrió el delito, fuese devuelto lo sustraído. Este artículo se entiende sin perjuicio de la destitución, de la inhabilitación y de la multa correspondiente.

4.3.5.- Análisis Comparativo

Según nuestro análisis comparado entre la legislación Uruguaya con la legislación ecuatoriana, podemos decir que de igual manera se lo especifica a este delito, pero las penas establecidas en el Código Uruguayo no son severas ya que se lo castiga solamente con un año de prisión a seis de penitenciaria, mientras que en la legislación ecuatoriana, son castigados con pena privativa de libertad de diez a trece años.

Otra diferencia existente entre estas dos legislaciones, se da en cuanto a la inhabilitación de sus funciones en el cargo que desempeñaba, mientras que en la legislación uruguaya podrán retornar a sus funciones después de haber cumplido una pena de dos a seis años de inhabilitación; en la legislación ecuatoriana no podrá volver a ejercer un cargo público.

Hemos realizado de igual manera un análisis comparado de lo manifestado en la legislación ecuatoriana con la legislación de la República de Nicaragua.

De la misma manera se lo tipifica al delito de peculado, se establece en el Código Integral Penal ecuatoriano una sanción con pena privativa de libertad de diez a trece años, mientras que en el Código Penal de Nicaragua se establece una pena de dos a doce años de prisión.

De igual manera en ambas se determina que no podrán volver a ejercer sus funciones dentro de un cargo público.

Una diferencia específica se da al momento que se establece en el Código de Nicaragua, que el individuo a los diez días de haber sido descubierto, entregare los bienes sustraídos, el delito de peculado será anulado y podrá seguir ejerciendo libremente sus funciones.

5.- MATERIALES Y MÉTODOS.-

5.1.- Materiales.- Los materiales utilizados que coadyuvaron a la estructura misma del informe de la tesis fueron de: internet para la consulta de los diferentes temas posteriormente el levantamiento de texto, impresión, encuadernación y el transporte.

5.2.- Métodos.- En el presente proceso de investigación socio-jurídico se aplicó los métodos:

Científico.- el mismo que me sirvió para encontrar la verdad acerca de la problemática planteada y determinada la misma que consiste en La Falta de controles oportunos y permanentes a los servidores públicos responsables del manejo de bienes y dineros del estado, facilita el cometimiento del delito de peculado causándose pérdidas económicas al país

Inductivo.- El mismo que sirvió para redactar la parte doctrinaria de la presente investigación.

Exegético.- Me permito realizar un análisis crítico jurídico sobre las normas constitucionales y legales.

Deductivo.- me sirvió como base para señalar el camino en la investigación socio-jurídico, pues, se partió de los objetivos y con ayuda de ciertas condiciones procedimentales, se procedió al análisis de las manifestaciones objetivas de la realidad de la problemática de la investigación objetivas de las realidades de la problemática de la investigación, para luego verificar si se cumplió las conjeturas que subyacen en este contexto de los objetivos, mediante la argumentación, la reflexión y la demostración.

5.3.- Procedimiento y Técnicas.- En la presente investigación aplique el fichaje bibliográfico o documental como son las encuestas y entrevistas. Pero es muy evidente para nuestra sustentación que los casos judiciales reforzaron la búsqueda de la verdad objetiva sobre la problemática. La investigación de campo se concretó a consultas a personas conocedores de la problemática, previo muestreo poblacional de por lo menos 30 (treinta) personas para las encuestas y 3 (tres) personas para las entrevistas; en las técnicas se plantearon fueron los cuestionarios derivados de los objetivos cuya operación partió de la determinación de variables e indicadores. Los resultados de la investigación empírica se presentaron en tablas, barras y en forma discursiva con deducciones derivadas del análisis de los criterios y datos concretos, que me sirvieron para la verificación de objetivos; y, finalmente para llegar a las conclusiones y recomendaciones.

6.- RESULTADOS.-

6.1.- Análisis e interpretación de las encuestas.-

1.- ¿Conoce usted sobre lo que es el delito de peculado?

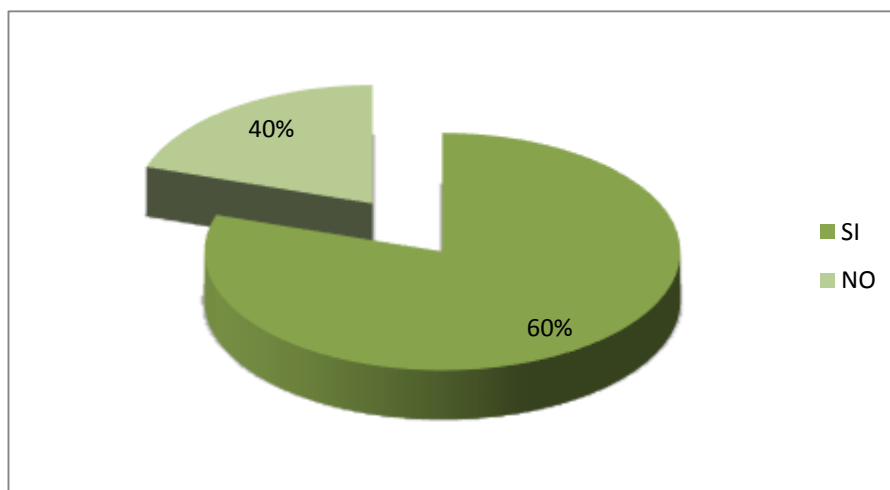
CUADRO Nº 1

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE %
SI	22	60%
NO	8	40%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Profesionales del Derecho

AUTORA: Ana Cristina Gallo Sotomayor

GRAFICO #1



ANÁLISIS.- De las 30 personas encuestadas que equivale al **100%**, 22 que equivale al **60%** contestan afirmativamente, que conocen lo que es el delito de peculado, esto debido a que manifiestan que es un delito que se basa en el mal uso de los fondos públicos por parte de los servidores o funcionarios públicos, lo que ocasiona perjuicio al estado. Mientras que 8 personas que es el **40%** tienen una idea sobre lo que es el peculado pero lo confunden con otras figuras delictivas como lo es la malversación de fondos y el enriquecimiento ilícito, situación que es muy contraria a lo estipulado a lo referente al delito de peculado.

INTERPRETACIÓN.- En relación a este pregunta, puedo manifestar que las respuestas han sido favorables a mi trabajo de investigación en la mayor parte, ya que las personas encuestadas responden a la misma señalando que si conocen lo que es el delito de peculado, esto debido a que es un delito de conocimiento general, pero dentro de las instituciones autónomas del estado; mientras que un número reducido de encuestados desvían sus respuestas a otras figuras jurídicas, esto por un desconocimiento de Ley.. Esta interpretación la represento en el gráfico Nro. 1 mediante el pastel.

2.- ¿Considera usted que el peculado conocido como disposición arbitraria de fondos del estado, ha causado grave impacto en el desenvolvimiento administrativo de las instituciones del estado?

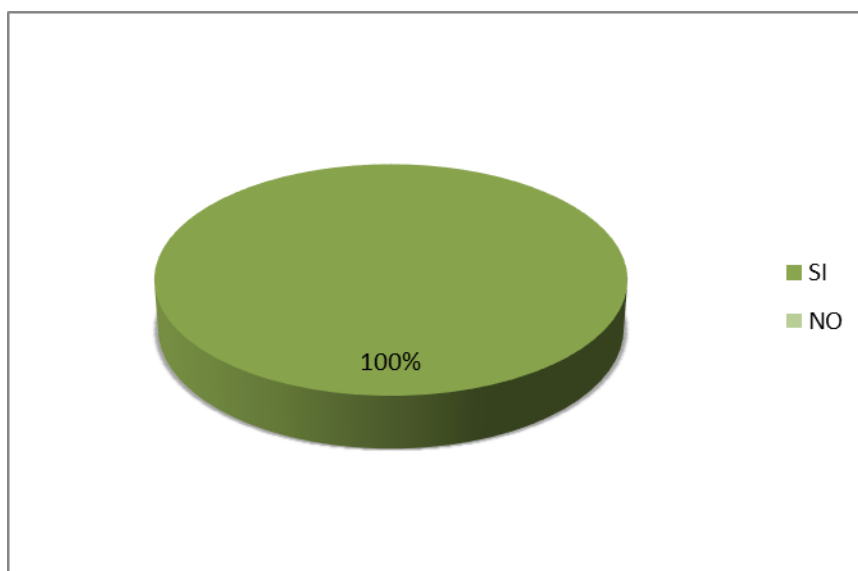
CUADRO Nº 2

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE %
Si	30	100%
No	0	0%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Profesionales del Derecho

AUTORA: Ana Cristina Gallo Sotomayor

GRAFICO #2



ANÁLISIS.- De las 30 personas encuestadas que equivale al **100%**, 30 que corresponde al **100%** contestan que si causa impacto en el desenvolvimiento administrativo de las instituciones públicas, el delito de peculado, debido a que no se recuperan los dineros, porque son desviados para otros fines, lo que provoca que existan vacíos económicos, los cuales afectan al presupuesto institucional, y a su vez, esto sirve para desprestigiar a la entidad, dificultando el buen desempeño de la misma, dándose con esto la desviación del objeto del servicio público, ocasionando perjuicio al estado.

INTERPRETACIÓN.- En relación a esta pregunta, puedo manifestar que los encuestados exhiben que el impacto que se ocasiona a las instituciones públicas donde se comete el delito de peculado es muy grave, esto debido a que se desvían los fondos presupuestados para cierto fin hacia otro, este siempre en beneficio del funcionario público, lo que provoca que la institución perjudicada sufra desfases en su presupuesto, afectando con esto el desenvolvimiento normal financiero de la institución. Esta interpretación la describo en el gráfico que antecede.

3.- ¿Considera usted que la falta de un control previo y permanente por parte de la ley a los servidores responsables del manejo de dineros y bienes del estado, constituye un vacío jurídico en el ordenamiento penal?

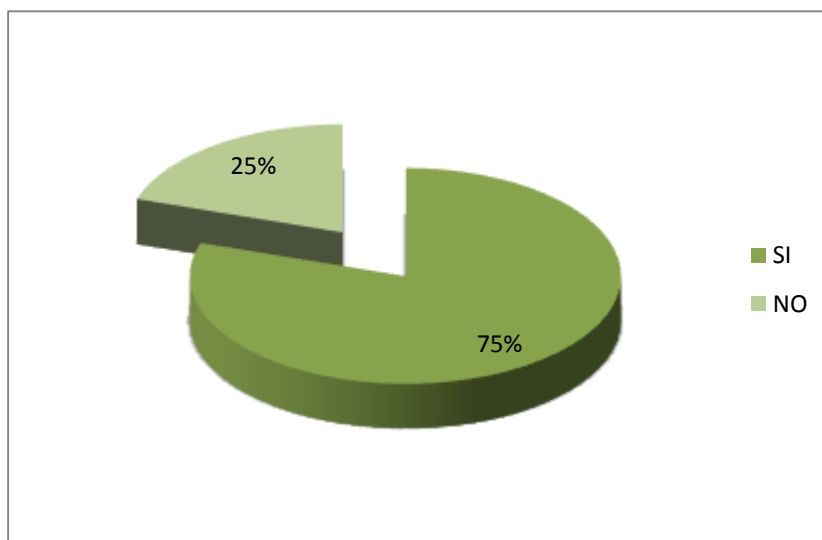
CUADRO Nº 3

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE %
SI	25	75%
NO	5	25%
TOTAL	30	100%

FUENTE: Profesionales del Derecho

AUTORA: Ana Cristina Gallo Sotomayor

GRAFICO #3



ANÁLISIS.- De las 30 personas encuestadas que equivalen al **100%**; 25 que corresponde al **75%**, contestan que la falta de un control previo y permanente por parte de la Ley a los servidores públicos responsables del manejo de bienes y dineros del estado, si constituye un vacío jurídico, esto debido a que las entidades encargadas de controlar, como lo es la Contraloría, no hace nada por frenar este delito, pero dicen que si existiera un control oportuno y permanente a las finanzas y fondos públicos se lo evitaría haciendo un control ya sea mensual o semanal, dando como resultado el poder ir estableciendo los ingresos y egresos de los dineros públicos. A su vez el **25%** que son 5 personas manifiestan que no existe un vacío jurídico debido a que el problema radica en la falta de control por los organismos encargados de este, ya que son inertes y eso conlleva a que se forme una cadena de corrupción, la cual se forma entre la entidad afectada y la Contraloría General del Estado.

INTERPRETACIÓN.- En relación a esta pregunta puedo presentar que los encuestados manifiestan que es necesario establecer controles previos y permanentes a las finanzas del estado, ya que por medio de este, se reduciría el cometimiento del delito de peculado, provocando con esto que los fondos del estado se encaminen a lo estipulado en la planificación económica de la institución, logrando que no se desvíen dichos fondos a beneficios propios del servidor encargado de disponerlos, pero existe una contradicción debido a que manifiestan que existen organismos que se encargan de dichos controles, pero estos no los hacen ocasionando que se perjudique al estado, permitiendo que crezca cada vez más, las cadenas de la corrupción. Situación que la represento en el gráfico Nro. 3 que antecede.

4.- ¿Considera usted que con la aplicación de un control previo y permanente a los servidores responsables del manejo de bienes y dineros del estado, se puede evitar la disposición arbitraria de fondos estatales?

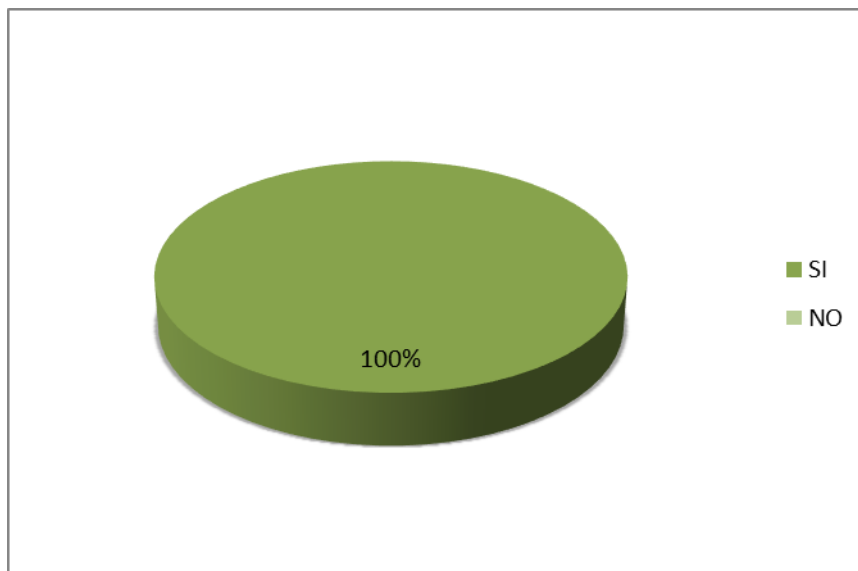
CUADRO Nº 4

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

FUENTE: Profesionales del Derecho

AUTORA: Ana Cristina Gallo Sotomayor

GRAFICO #4



ANÁLISIS.- De las 30 personas encuestadas que equivale el **100%**, 30 que corresponde al **100%**, contestan que es necesario establecer un control previo y permanente por parte de la Ley, a los servidores públicos que manejan bienes y dineros del estado, esto debido a que el control permite mantener cuentas actualizadas y con esto se evita el mal manejo de los fondos, provocando con esto un obstáculo para poder disponer de dineros o bienes que pertenecen al estado, permitiendo con esto a las autoridades, vigilar los ingresos económicos que posee la institución por medio de mecanismos adecuados que permitan velar por los intereses de la institución.

INTERPRETACIÓN.- Como conclusión en relación a esta pregunta puedo indicar que los encuestados declaran que es necesario, la implementación de controles previos y permanentes sobre los servidores que manejan dineros o bienes del estado, ya que por medio de esto se sujetan a las políticas de control que se establezcan en la entidad, endureciendo con esto las sanciones, esto debido a que a sabiendas de existir un control, el funcionario comete el delito este se someterá a lo que estipule el Reglamento de Control Económico que se llegará a crear; todo esto lo represento mediante el gráfico que antecede.

6.2.- Resultados de las Entrevistas.-

Para poder determinar con más claridad sobre la necesidad de incluir dentro de la Ley, la implementación de un control oportuno y permanente a los funcionarios responsables del manejo de los bienes y dineros públicos procedí a realizar entrevistas a profesionales obteniendo los siguientes resultados:

ENTREVISTA NÚMERO UNO.- DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

PRIMERA PREGUNTA.- ¿Porque cree usted que se comete el delito de peculado?

RESPUESTA.- Se da porque no existen controles previos para poder tener fundamentos lógicos y materiales que permitan asegurar que un funcionario no se alce con los dineros del estado.

SEGUNDA PREGUNTA.- ¿Considera usted que el peculado conocido como disposición arbitraria de fondos del estado, ha causado grave impacto en el desenvolvimiento administrativo de las instituciones públicas?

RESPUESTA.- Indudablemente, porque el presupuesto está establecido para determinados fines, y el peculado empieza a formar parte de la vida propia de un funcionario indecoroso, valiéndose de dineros ajenos en esta caso, y llevándose la plata del estado, quiere decir esto que se dejan de realizar obras, se desorganiza el sistema administrativo y la estructuración administrativa, misma que sufre perjuicios a veces que no se puede cuantificar ni recuperar.

TERCERA PREGUNTA.- ¿Considera usted que la falta de un control previo y permanente por parte de la Ley a los servidores responsables del manejo de dineros y bienes del estado, constituye un vacío jurídico en el ordenamiento jurídico?

RESPUESTA.- Siempre ha sido mi criterio que la falta de controles en todos los aspectos administrativos es una de las faltas más grandes de la administración, si existiera el control previo, especialmente a los funcionarios que deben dichase de paso estar caucionados, que deben garantizar con su patrimonio incluso la labor que desempeñan, obtendríamos la oportunidad de ir detectando las falencias por lo menos en cantidades menores, generalmente el manejo presupuestario se define en cantidades exactas en forma mensual, entonces ese control previo debería hacérselo con rigurosidad en esos treinta días con la finalidad de arriesgar lo menos posible lo que respecta a los fondos del estado.

CUARTA PREGUNTA.- ¿Cree usted que con la intervención del control previo y permanente a los servidores públicos responsables del manejo de bienes y dineros del estado, se puede evitar la disposición arbitraria de dineros y bienes del estado?

RESPUESTA.- Si porque el servidor público sabe que cada treinta días está controlado y ese acto previo permite precisamente precautelar los intereses y la intangibilidad del estado en ese sentido, ahora si bien es cierto existen los sistemas del SIGEF, en donde cada institución pública de orden inferior recibe el presupuesto por intermedio del Ministerio de Finanzas, sin embrago no quedan exentos de la posibilidad del manejo de fondos precisamente las personas que integran los ministerios y entonces en ese sentido, debería ser

más rigurosa todavía la Contraloría, porque es más cantidad de dinero lo que manejan, de tal manera que las auditorías deberían ser incluso concurrentes.

COMENTARIO.- En base a las respuestas obtenidas en la presente entrevista, he creído conveniente y necesario dar mi criterio personal, en el cual puede decir que la falta de control en las instituciones públicas, provoca el robo malicioso de los bienes y dineros del estado, lesionando gravemente el buen funcionamiento de nuestro país, siendo el más afectado el sector social común, por las diversas artimañas empleadas por estos funcionarios encargados de servir de la mejor manera a la sociedad en general

ENTREVISTA NÚMERO DOS.- DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

PRIMERA PREGUNTA.- ¿Porque cree usted que se comete el delito de peculado?

RESPUESTA.- Considero que se comete este delito por la falta de un control minucioso de la autoría responsable del departamento correspondiente.

SEGUNDA PREGUNTA.- ¿Considera usted que el peculado conocido como disposición arbitraria de fondos del estado, ha causado grave impacto en el desenvolvimiento administrativo de las instituciones públicas?

RESPUESTA.- Lógicamente porque se desvían los fondos estipulados para un caso determinado provocando con esto vacíos económicos los cuales no permiten el desarrollo de un fin establecido.

TERCERA PREGUNTA.- ¿Considera usted que la falta de un control previo y permanente por parte de la Ley a los servidores responsables del manejo de dineros y bienes del estado, constituye un vacío jurídico en el ordenamiento jurídico?

RESPUESTA.- Para mí la falta de un control provoca que dichos funcionarios manejen arbitrariamente los fondos públicos dando con esto un perjuicio económico al desenvolvimiento del estado.

CUARTA PREGUNTA.- ¿Cree usted que con la intervención del control previo y permanente a los servidores públicos responsables del manejo de bienes y dineros del estado, se puede evitar la disposición arbitraria de dineros y bienes del estado?

RESPUESTA.- Un control previo permitiría poner sanciones más drásticas esto debido a que el control del uso de dineros públicos se sujetaría a la autoridad de control respectivo.

COMENTARIO.- De la misma manera en base a las respuestas obtenidas he realizado un comentario, en el cual cito, que de igual forma la falta de control a las personas que se encargan de distribuir o administrar los dineros o bienes del estado causa un gran vacío económico el cual impide el desarrollo y crecimiento de nuestro país, por lo que se debería implementar medidas más severas que eviten este abuso de poder y corrupción.

ENTREVISTA NÚMERO TRES.- ABOGADO EN LIBRE EJERCICIO

PRIMERA PREGUNTA.- ¿Porque cree usted que se comete el delito de peculado?

RESPUESTA.- Se da por la falta de honestidad, por la falta de control interno a los servidores públicos que manejan el dinero del estado y por la falta de garantías o cauciones.

SEGUNDA PREGUNTA.- ¿Considera usted que el peculado conocido como disposición arbitraria de fondos del estado, ha causado grave impacto en el desenvolvimiento administrativo de las instituciones públicas?

RESPUESTA.- Si causa un impacto porque no se recuperan los dineros del estado y eso afecta el presupuesto institucional.

TERCERA PREGUNTA.- ¿Considera usted que la falta de un control previo y permanente por parte de la Ley a los servidores responsables del manejo de dineros y bienes del estado, constituye un vacío jurídico en el ordenamiento jurídico?

RESPUESTA.- Sin duda ya que si hubiera un control oportuno y permanente a las finanzas y fondos públicos se evitaría que se cometa este delito.

CUARTA PREGUNTA.- ¿Cree usted que con la intervención del control previo y permanente a los servidores públicos responsables del manejo de bienes y dineros del estado, se puede evitar la disposición arbitraria de dineros y bienes del estado?

RESPUESTA.- Si porque el control permite mantener cuentas actualizadas y evita el mal manejo, como en todo orden social el control oportunamente evita delitos porque en gran parte los previene.

COMENTARIO.- Mi criterio acerca de las respuestas obtenidas puede decir que el delito de peculado se produce por personas deshonestas, sin ética profesional y sin una conciencia moral que les impida el sustraer dineros de manera ilícita; es por ello que se debe poner más atención a las instituciones públicas, con un seguimiento constante, que permita mantener cuentas actualizadas y claras, con el fin de no perjudicar más a nuestro país que se encuentra en vías de desarrollo.

6.3.- Estudio de Caso.-

JUICIO:	NRO. 162 – 2008
ACTOR:	GOBERNACIÓN DE LOJA
DEMANDADO:	SERVIDOR DE LA GOBERNACIÓN
ASUNTO:	PECULADO
PRIMERA INSTANCIA:	JUZGADO PRIMERO DE LO PENAL
SEGUNDA INSTANCIA:	PRIMERA SALA DE LO PENAL
INICIADO:	LOJA, 02 DE DICIEMBRE DEL 2008
RESUELTO:	LOJA, 05 DE NOVIEMBRE DEL 2009

ANTECEDENTES.-

Como caso para mi trabajo de investigación intitulado **“LA FALTA DE CONTROLES OPORTUNOS Y PERMANENTES A LOS SERVIDORES PÚBLICOS RESPONSABLES DEL MANEJO DE BIENES Y DINEROS DEL ESTADO, FACILITA EL COMETIMIENTO DEL DELITO DE PECULADO CAUSÁNDOSE PERDIDAS ECONÓMICAS AL PAÍS”**, he escogido un caso de peculado de un ex servidor de la Gobernación de la Provincia de Loja, el mismo que fue sobreseído por el Tribunal Penal, amparándose en que no existió pruebas para inculparlo, situación que se desvirtúa al momento de realizar las diligencias previas.

La figura de este delito se delimita a partir de que el servidor como parte de sus funciones se encarga en depositar dineros referentes a ingresos diarios de la Gobernación de Loja, los mismos que fueron desviados por este a fines personales, lo que le llevaron a poner sellos en documentos aparentado el depósito de dichos bienes económicos del estado.

Al ver la supuesta anomalía en los ingresos económicos que en ese entonces mantenía por autogestión la Gobernación de Loja, el Contador y la Tesorera de la institución, solicitan información al Gerente del Banco correspondiente, dando como resultado la corroboración de que el dinero encomendado al servidor para su depósito, no ha sido ingresado a la cuenta correspondiente, a su vez que comprueba que los sellos adheridos a la papeleta de depósito no

corresponden a los oficiales de la institución financiera, situación que al ser conocida por la Contraloría provoca que el servidor reconozca y pague el dinero, dando con esto las pruebas o evidencias necesarias para lo cual de inmediato el Gobernador de ese entonces, denuncia a la Fiscalía el acto irregular, permitiendo con esto abrir una indagación previa, la cual recayó en conocimiento del Fiscal; para luego en etapa de juicio en primera instancia pase a conocimiento del Juzgado Primero de lo Penal de Loja; y, la segunda instancia a conocimiento del Tribunal Primero de Garantías Penales de Loja.

ANÁLISIS JURÍDICO.-

Lo controversia se suscita al momento de establecer la culpabilidad o no del imputado, ya que existen tres criterios distintos, tal es el caso de que el Fiscal pide que se lo juzgue por el delito de peculado, situación que no fue contemplada por el Juez, el mismo que lo juzga por lo más favorable al reo que fue abuso de confianza, a pesar de que existió, el debido examen de Contraloría el mismo que determina que falta dinero en las cuentas de la Gobernación de Loja, así como también la certificación del Gerente de la entidad bancaria, en el cual manifiesta que no ha ingresado ciertos depósitos en la cuenta examinada y sobre todo fue corroborado por el perito grafológico contratado por la parte denunciante, a su vez como prueba del cometimiento del delito se encuentra dentro del proceso el depósito bancario en la cuenta establecida por la Contraloría General del Estado, el mismo que fue hecho por el servidor imputado.

Pero cabe recalcar que al momento de apelar a la resolución del Juez Primero de lo Penal de Loja, el Fiscal puso el recurso de apelación fuera de tiempo,

imposibilitando con esto para que la parte denunciante logre castigar al infractor por el delito verdaderamente cometido, que fue el de peculado más no el de abuso de confianza.

Es de suma importancia analizar porque habiendo las suficientes pruebas de culpabilidad del cometimiento del delito, el Juez sentencia por otra figura que no tiene nada que ver con lo sucedido o estipulado en la Ley, otro punto relevante de este caso, es porque, si supuestamente el Fiscal debe investigar y ver la figura delictiva que se comete para poder orientar al Juez a sabiendas de que dicho funcionario judicial lo castiga por otro delito, el mismo que no fue el impulsado por él, no apela a tiempo la resolución a pesar que por cotidianidad este debe saber de plazo.

CONCLUSIONES.-

Lo que queda en duda es porque la primera sala de garantías penales por intermedio del Juez que conoció el caso lo absuelve al imputado, lo que se ratifica la duda o más bien dicho está más que claro el vicio de procedimiento en dicho caso, ya que se configuran tres puntos que son:

- 1.- La sentencia por abuso de confianza dictada por el Juez;
- 2.- La no apelación a tiempo del Fiscal a la resolución del Juez; y,
- 3.- La absolución del Tribunal de Garantías Penales, basándose en que no existen pruebas que comprueben la culpabilidad del delito, resolviendo que más vale salvar a un criminal que juzgar a un inocente. Siendo tomada la inocencia como falsa, ya que existen las pruebas suficientes para imponer la pena correspondiente al delito de peculado.

7.- DISCUSIÓN.-

7.1.1.- Verificación de Objetivos.-

Los objetivos planteados para el presente trabajo de investigación fueron los siguientes:

7.1.2.- Objetivo General.-

“Realizar un estudio conceptual, doctrinario, jurídico, y crítico del delito de peculado y sus consecuencias en el manejo indebido de bienes y dineros públicos”.

En la delimitación de este objetivo he recurrido al Código Integral Penal, lo que me permitió establecer concepciones muy claras relacionadas con el peculado, su definición, su naturaleza jurídica, quienes están sujetos a cometerlo y fundamentalmente cual es la pena que debe aplicarse, conceptos que me han permitido comprender básicamente a lo que se refiere el delito de peculado.

La básico en el estudio de este objetivo estuvo constituido en lograr establecer las causas por las que se da el peculado

7.1.3.- Objetivos Específicos.-

1.- “Conocer el impacto jurídico – social que causa el peculado dentro del desenvolvimiento administrativo del estado”.

Este objetivo ha sido verificado, ya que he podido tener conocimiento que, el impacto que se ocasiona a la instituciones públicas donde se comete el delito de peculado es muy grave, esto debido a que se desvían los fondos

presupuestarios para cierto fin a otro, este siempre en beneficio del funcionario público, lo que provoca que la institución perjudicada, sufra desfases en su presupuesto, afectando con esto el desenvolvimiento normal financiero de la institución, ya que por intermedio de esto se afecta el normal desarrollo de la entidad.

2.- "Demostrar que en la Ley no existe delimitado un control oportuno y concurrente para los funcionarios públicos que manejan dineros del estado"

Una vez realizada la investigación he coincidido en manifestar que es verdad que en, la Ley no existen establecidos controles previos a los funcionarios públicos para evitar el delito de peculado, por lo que sería necesario implementarlos específicamente dentro de la normativa penal, ya que por medio de esto se reduciría el cometimiento del delito, ocasionando que los fondos del estado se encaminen a lo estipulado en la planificación económica de la institución, logrando con esto que no se desvían dichos fondos a beneficios propios del servidor encargado de disponerlos.

3.- "Determinar que a través de una reforma legal en donde se incluya la implementación de un control oportuno y permanente a los funcionarios responsables del manejo de los bienes y dineros públicos; se puede evitar el delito de peculado dentro de la administración pública".

Este objetivo se demuestra porque según la investigación realizada, podemos establecer que se debe recurrir a la implementación de controles previos y permanentes sobre los servidores que manejan dineros del estado, ya que

estos estarían sujetos a las políticas de control que establezca la entidad, endureciéndose las sanciones, ya que sí a sabiendas de existir un control, el funcionario comete el este servidor se sometería a lo que estipule el reglamento de control económico interno, convirtiéndose en agravante para su destitución

7.1.4.-Fundamentación Jurídica para la Propuesta de Reforma.-

El tratadista **Cabanellas**, dice: "peculado es la sustracción, apropiación o aplicación indebida de los fondos públicos, por aquel o a quien está confiada su administración"

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

Debido a que he delimitado que el peculado se realiza en relación con una tenencia o posesión calificada por razón de la función o del servicio público, así debe haber íntima relación de causa a efecto entre el cargo y la posesión, pues el **artículo 278 del Código Integral Penal**, tipifica y sanciona al peculado señalando que: **"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.”

Además el artículo 278 del COIP, señala que: **“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 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 bienes, fondos o dinero. En todos estos casos serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años.”**

Cabe mencionar que la persona que comete el delito de peculado según el COIP, **“...quedará 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.”**, por consiguiente, cuando se ha dictado sentencia sobre este

delito, la persona que lo cometió, únicamente no puede trabajar en cargo público; lo que en cierta forma no soluciona de ninguna manera el cometimiento del delito, porque no existen cerca del peculado, elementos preventivos que lo impidan; y, cuando ha sido descubierto el delito, generalmente el infractor ya está fuera del país, esto como resultado a que el procedimiento es muy extenso, lo que trae como consecuencia el perjuicio al presupuesto de las instituciones públicas.

La extensión general de la norma debe ser a los funcionarios del sistema financiero público y privado, parecería que adolece de una inadecuado técnica jurídica, así como, de severas deficiencias que desnaturalizan el objeto de la punibilidad de la norma.

Es necesario indicar que se ve la necesidad de realizar un análisis de los elementos que integran la tipicidad del delito de peculado, contrastando la actividad de la administración pública y la actividad de las instituciones financieras privadas y si es el caso, determinando defectos.

Para evitar este inconveniente frecuente en el sector público, debería incrementarse fiscalizadores e inspectores de la Superintendencia de Bancos; y, de la Contraloría General del Estado, para poder elaborar una norma jurídica, dentro de la cual se establezca el control permanente a los funcionarios públicos, que tengan que manejar bienes y dineros públicos, siendo la institución que los posesiona del cargo, la encargada de establecer las comisiones de inspectores y fiscalizadores internos para que pueden ejercer controles previos y permanentes a dichos funcionarios.

8.- CONCLUSIONES.-

Luego de haber finalizado la elaboración de la presente tesis de grado, afianzándome en los criterios obtenidos he creído necesario llegar obtener de la misma las siguientes conclusiones:

Primera.- Que el control social aparece en todas las sociedades como medio de fortalecimiento y supervivencia de los grupos y sus normas.

Segunda.- Que el delito en sentido dogmático es definida como una conducta, acción u omisión típica descrita por la Ley, antijurídica y culpable a la que corresponde una sanción denominada pena.

Tercera.- Que el delincuente es alguien que comete actos ilícitos y no cumple con lo establecido por las leyes o normas de obligado cumplimiento.

Cuarta.- Que la pena es el medio con que cuenta el estado para reaccionar frente a un delito.

Quinta.- Que el peculado es un delito contra la eficacia de la administración pública, y que tiene por objeto la apropiación o disposición arbitraria de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o privados.

Sexta.- Que el peculado se relaciona con los servidores de la administración pública, que por el ejercicio de su cargo tienen en su poder dineros del estado y que sin haber control alguno, disponen arbitrariamente de ellos.

Séptima.- Que el peculado si causa un impacto dentro del desenvolvimiento administrativo de las instituciones públicas, esto debido a que se desvían los fondos determinados para un fin hacia otro no previsto dentro del plan económico de la institución.

9.- RECOMENDACIONES.-

Luego de haber obtenido las conclusiones y basado en las mismas he extraído las siguientes recomendaciones:

Primera.- Que es necesario establecer normas y requisitos para erradicar de las instituciones del estado las conductas delictivas de sus colaboradores que ingresan a formar parte de la misma.

Segunda.- Que los delitos contra la eficacia de la administración pública sean prevenidos y evitados en forma eficiente para evitar el daño al estado y a la sociedad.

Tercera.- Que el peculado como figura delictiva debe ser revisado en su fondo y forma, para evitar la apropiación indebida de fondos por parte de los funcionarios que manejan dineros y bienes del estado.

Cuarta.- Que en vista a que los servidores públicos son los que manejan los dineros y bienes del estado, debe ejercerse un control previo y permanente sobre el ejercicio de su función para evitar la disposición arbitraria de los fondos bajo su custodia.

Quinta.- Establecer controles previos a los funcionarios encargados de velar por las finanzas de la institución por medio de la Contraloría General del Estado, para que en base a esto poder evitar el cometimiento del delito de peculado.

Sexta.- Velar por el desenvolvimiento administrativo – económico de las instituciones públicas, para lograr que los fondos se encaminen a lo establecido dentro del plan económico de la institución.

Séptima.- Establecer comisiones internas y externas de control previo a los dineros del estado, ya que por medio de estos controles se evitaría el cometimiento del delito por parte de los funciones que manejan la parte financiera y de bienes de las instituciones públicas.

9.1.- PROPUESTA DE REFORMA LEGAL.-



LA ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR

CONSIDERANDO

Que con el fin de evitar el cometimiento del delito de peculado por parte de los servidores públicos responsables del manejo de bienes y dineros del estado, es necesario incorporar una reforma específica y actualizar las normas que rigen el Código Integral Penal, con respecto a la falta de controles oportunos y permanentes.

Que es indispensable incorporar en el Código Integral Penal normas jurídicas, que indiquen el procedimiento que se debe tomar para establecer controles permanentes a los servidores públicos que manejan los bienes y dineros del estado.

Que la incorporación de una reforma al Código Integral Penal, que garantice el control adecuado a los servidores que manejan bienes y dineros del estado, permitirá el funcionario tenga un control riguroso de su gestión. .

En el ejercicio de la potestad legal que le confiere el Art. 120, numeral 5 y 6, de la Constitución de la República del Ecuador.

EXPIDE:

La siguiente:

LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

Art. 1.- Agréguese un inciso antes del inciso 1 Art. 278 que diga:

El o la funcionario o funcionaria público, que conozca la presunción del cometimiento del delito de peculado, deberán informar de manera inmediata a la autoridad dominadora, para que se proceda a realizar una auditoría interna con la finalidad de poder verificar los estados financieros de la empresa, cuyos resultados serán enviados de manera confidencial a la Contraloría General del Estado para que proceda a realizar un examen externo a los estados financieros de la entidad pública afectada; la inobservancia de lo dispuesto en este inciso, acarrea la responsabilidad de complicidad del delito.

Art. 2.- Agréguese un inciso antes del inciso 8 Art. 278 que diga:

Serán responsables del delito de peculado, las autoridades públicas o privadas que no hayan realizado controles permanentes y oportunos en las unidades financieras de la Institución o Entidad que dirigen, volviéndose cómplices del delito.

Art. 3.- Esta Ley reformativa al Código Integral Penal, entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado en la sala de sesiones de la Asamblea Nacional, en la ciudad de San Francisco de Quito a los 29 días del mes de febrero del 2016

PRESIDENTA

SECRETARIO

10.- BIBLIOGRAFÍA.-

1. BIELSA Rafael: Derecho Administrativo, sexta edición, tomo III, s.e., Buenos Aires-Argentina, 1980,
2. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL, editorial Heliasta, Argentina, edición 2008.
3. CABANELLAS, Guillermo, DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL, editorial Heliasta, Argentina, edición 1981.
4. CANCIO Moreno, José Antonio: Corrupción Administrativa y Delincuencia Judicial, editorial ABC, Bogotá, L994
5. Código Integral Penal de Ecuador
6. Código Penal de Nicaragua
7. Código Penal de Uruguay
8. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Asamblea Nacional 20/10/2008.
9. Enciclopedia aula siglo XXI; editorial cultural S.A.; Madrid España; edición 2001.
10. Enciclopedia interactiva siglo XXI; editorial océano; Madrid España; edición 2005.
11. FERREIRA D Francisco José, Derecho Penal, Tomo II editorial TEMIS Bogotá- Colombia, 2006,
12. FLORES Uzcáegui Gustavo y GARCÍA Falconi José: Manual de Prácticas Procesales en los Juicios por Peculado.
13. Ley Orgánica de Servicio Público
14. Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado

15. MORENO RODRÍGUEZ, Rogelio. Vocabulario de Derecho y Ciencias Sociales. Editorial Depalma Buenos Aires Argentina; edición 1974.
16. PACHECO Osorio, Pedro: Derecho Penal Especial.ç
17. SARRIA Eustorgio: Derecho Administrativo, quinta edición, editorial Temis, Bogota, 1968,

11.- ANEXOS.-



**UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO**

Como estudiante del módulo diez de la Carrera de Derecho, de la Modalidad de Estudios a Distancia de la Universidad Nacional de Loja, solicito a usted de la manera más comedida se digne colaborar en la contestación de la siguiente encuesta la cual me servirá de apoyo en la fundamentación de mi tesis titulada: **“LA FALTA DE CONTROLES ADECUADOS A LOS SERVIDORES PÚBLICOS RESPONSABLES DEL MANEJO DE BIENES Y DINEROS PÚBLICOS, FACILITA LA COMISIÓN DEL DELITO DE PECULADO TRAYENDO COMO CONSECUENCIA PERDIDAS ECONÓMICAS AL PAÍS”**, Dígnese en contestar:

1.- **¿Conoce usted sobre lo que es el delito de peculado?**

Si () No ()

Porque?.....

2.- **¿Considera usted que el peculado conocido como disposición arbitraria de fondos del estado, ha causado grave impacto en el desenvolvimiento administrativo de las instituciones del estado?**

Si () No ()

Porque?.....

3.- ¿Considera usted que la falta de un control previo y permanente por parte de la ley a los servidores responsables del manejo de dineros y bienes del estado, constituye un vacío jurídico en el ordenamiento penal?

Si () No ()

Porque?.....

4.- ¿Considera usted que con la aplicación de un control previo y permanente a los servidores responsables del manejo de bienes y dineros del estado, se puede evitar la disposición arbitraria de fondos estatales?

Si () No ()

Porque?.....

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN



1859
UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO

ENTREVISTA

Tema: “La falta de controles oportunos y permanentes a los servidores públicos responsables del manejo de bienes y dineros del estado, facilita el cometimiento del delito de peculado causándose pérdidas económicas al país”,

1.- ¿Porque cree usted que se comete el delito de peculado?

2.- ¿Considera usted que el peculado conocido como disposición arbitraria de fondos del estado, ha causado grave impacto en el desenvolvimiento administrativo de las instituciones públicas?

3.- ¿Considera usted que la falta de un control previo y permanente por parte de la Ley a los servidores responsables del manejo de dineros y bienes del estado, constituye un vacío jurídico en el ordenamiento jurídico?

4.- ¿Cree usted que con la intervención del control previo y permanente a los servidores públicos responsables del manejo de bienes y dineros del estado, se puede evitar la disposición arbitraria de dineros y bienes del estado?

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO



TEMA

“LA FALTA DE CONTROLES ADECUADOS A LOS SERVIDORES PÚBLICOS RESPONSABLES DEL MANEJO DE BIENES Y DINEROS PÚBLICOS, FACILITA LA COMISIÓN DEL DELITO DE PECULADO TRAYENDO COMO CONSECUENCIA PERDIDAS ECONÓMICAS AL PAÍS”

**PROYECTO DE TESIS PREVIO A LA
OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADA**

POSTULANTE:

Ana Cristina Gallo Sotomayor

Loja-Ecuador

2015



a.- TEMA.-

“LA FALTA DE CONTROLES ADECUADOS A LOS SERVIDORES PÚBLICOS RESPONSABLES DEL MANEJO DE BIENES Y DINEROS PÚBLICOS, FACILITA LA COMISIÓN DEL DELITO DE PECULADO TRAYENDO COMO CONSECUENCIA PERDIDAS ECONÓMICAS AL PAÍS”

b.- PROBLEMÁTICA.-

Para iniciar esta problemática he visto la necesidad, de citar el concepto de peculado, el cual se lo conceptualiza como el delito que consiste en el hurto de caudales del erario público, hecho por aquel a quien está confiada su administración.

El problema que se suscita para que se produzca el peculado, es por la falta de controles adecuados por parte de la Contraloría General del Estado a los funcionarios públicos que tienen a su cargo el manejo de bienes y dineros del estado.

Para evitar que se de este delito en el sector público, se debería incrementar en cada institución estatal, un grupo de fiscalizadores e inspectores, para que con el apoyo de la Contraloría General del Estado, y fundamentado e Ley Orgánica de Contraloría, se dirija hacia el control de los funcionarios públicos que tengan en su poder el manejo de dineros públicos, siendo de obligación de la institución a la que ingresan a laborar la encargada de conformar una comisión de inspectores y fiscalizadores internos los cuales, ejercerán un control previo, oportuno y permanente a los servidores que tienen a su cargo el manejo del dinero estatal.

Es necesario indicar que a través de la creación de una comisión de inspectores y fiscalizadores tanto internos como externos, para el control del desenvolvimiento de los servidores públicos que tienen a su cargo el manejo de bienes y dineros públicos, se evitaría el cometimiento del delito de peculado esto debido, a que al ver que tienen un control permanente por parte de la institución donde trabajan, así como de la contraloría y la superintendencia, tratarían de que las cuentas en el caso de dinero, y el mantenimiento en el caso de los bienes, estén sumamente claras y sobre todo no existan faltantes, ni daños en el funcionamiento.

c.- JUSTIFICACION.-

La presente investigación, trata de conocer al servidor público, su naturaleza jurídica – administrativa, clases de servidor, así como su rol frente a la administración pública

A su vez analizare al servicio público como actividad encaminada a satisfacer una necesidad de carácter general, bien sea que su prestación este a cargo del Estado directamente, de concesionarios o mediante procedimientos peculiares del derecho público.

Además el estudio trataría de las disposiciones constitucionales referentes a la función pública, sus organismos y dependencia, los servidores y las servidoras públicas que actúan en virtud de la potestad estatal, las competencias y facultades que les atribuye la Constitución y la Ley.

Tomando en cuenta la constante evolución de la sociedad, he creído conveniente el estudio de uno de los delitos económicos que vienen afectando

a la economía del país como lo es el peculado mismo que servirá para conocer y determinar los delitos que se cometen contra la administración pública, considerando al mismo como un problema social dentro del ámbito jurídico, económico y administrativo, debido a que al darse la sustracción de dineros del estado, se da como resultado una pérdida de gran magnitud a los fondos del país, en perjuicio de la sociedad.

Es por eso que mi estudio lo fundamento en el análisis de la Constitución de la República, el Código Integral Penal, Ley Orgánica de Servicio Público; y, demás Leyes conexas, por lo que considero necesario investigar sobre el tema de **“LA FALTA DE CONTROLES ADECUADOS A LOS SERVIDORES PÚBLICOS RESPONSABLES DEL MANEJO DE BIENES Y DINEROS PÚBLICOS, FACILITA LA COMISIÓN DEL DELITO DE PECULADO TRAYENDO COMO CONSECUENCIA PERDIDAS ECONÓMICAS AL PAÍS”**

Este tema considero puede ayudar a comprender mejor la problemática, que se suscita dentro de las instituciones públicas, lo cual se llegaría a su verificación a través de la investigación de campo y la propuesta de reforma legal, la cual permitiría solucionar este problema social que se da constantemente en el Ecuador, y que se relaciona con implementar controles oportunos y permanentes en cada institución pública, a través de comisiones de fiscalización y control para detectar y evitar el cometimiento del delito de peculado en el sector público.

d.- OBJETIVOS.-

d.1.- OBJETIVO GENERAL.-

Realizar un estudio conceptual, doctrinario, jurídico, y crítico del delito de peculado y sus consecuencias en el manejo indebido de bienes y dineros públicos.

d.2.- OBJETIVOS ESPECÍFICOS.-

1.- Conocer el impacto jurídico – social que causa el peculado dentro del desenvolvimiento administrativo del estado.

2.- Demostrar que en la Ley no existe delimitado un control oportuno y concurrente para los funcionarios públicos que manejan dineros del estado

3.- Determinar que a través de una reforma legal en donde se incluya la implementación de un control oportuno y permanente a los funcionarios responsables del manejo de los bienes y dineros públicos; se puede evitar el delito de peculado dentro de la administración pública.

e.- MARCO TEÓRICO.-

El tratadista **Cabanellas**, dice: "peculado es la sustracción, apropiación o aplicación indebida de los fondos públicos, por aquel o a quien está confiada su administración"

Luis Carlos Pérez, dice: "es la incorrecta aplicación de las cosas o efectos confiados a una persona con el encargo de darles un fin convenido previamente, pero para que la infracción adquiera su atentica naturaleza es necesario que las cosas o caudales sean públicos o que la persona deba

responder porque se le han entregado específicamente para que los intervenga”

Debido a que he delimitado que el peculado se realiza en relación con una tenencia o posesión calificada por razón de la función o del servicio público, así debe haber íntima relación de causa a efecto entre el cargo y la posesión, pues el **artículo 278 del Código Integral Penal**, tipifica y sanciona al peculado señalando que: **“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.”**

Además el artículo 278 del COIP, señala que: **“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 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 bienes, fondos o dinero. En todos estos casos serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años.

Cabe mencionar que la persona que comete el delito de peculado según el COIP, **“...quedará 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.”**, por consiguiente, cuando se ha dictado sentencia sobre este delito, la persona que lo cometió, únicamente no puede trabajar en cargo público; lo que en cierta forma no soluciona de ninguna manera el cometimiento del delito, porque no existen cerca del peculado, elementos preventivos que lo impidan; y, cuando ha sido descubierto el delito, generalmente el infractor ya está fuera del país, esto como resultado a que el procedimiento es muy extenso, lo que trae como consecuencia el perjuicio al presupuesto de las instituciones públicas.

La extensión general de la norma debe ser a los funcionarios del sistema financiero público y privado, parecería que adolece de una inadecuado técnica jurídica, así como, de severas deficiencias que desnaturalizan el objeto de la punibilidad de la norma.

Es necesario indicar que se ve la necesidad de realizar un análisis de los elementos que integran la tipicidad del delito de peculado, contrastando la

actividad de la administración pública y la actividad de las instituciones financieras privadas y si es el caso, determinando defectos.

Para evitar este inconveniente frecuente en el sector público, debería incrementarse fiscalizadores e inspectores de la Superintendencia de Bancos; y, de la Contraloría General del Estado, para poder elaborar una norma jurídica, dentro de la cual se establezca el control permanente a los funcionarios públicos, que tengan que manejar bienes y dineros públicos, siendo la institución que los posesiona del cargo, la encargada de establecer las comisiones de inspectores y fiscalizadores internos para que pueden ejercer controles previos y permanentes a dichos funcionarios.

f.- METODOLOGÍA.-

f.1.- MÉTODOS.-

En el proceso de investigación socio -jurídica se aplicara el método científico, entendido como camino a seguir para encontrar la verdad acerca de una problemática determinada.

Es válida la concreción del método hipotético-deductivo para señalar el camino a seguir en la investigación socio-jurídico; pues, partiendo de los objetivos y con la ayuda de ciertas condiciones procedimentales, se procederá al análisis de las manifestaciones objetivas de la realidad de la problemática de la investigación, para luego verificar si se cumplen las conjeturas que subyacen en el contexto de los objetivos, mediante la argumentación, la reflexión y la demostración.

El método científico aplicado a las ciencias jurídicas implicadas que determinemos el tipo de investigación jurídica que queremos realizar, en el presente caso me propongo realizar una investigación “socio jurídica”, que se concreta en un investigación del derecho tanto en sus caracteres sociológicos como dentro del sistema jurídico, para establecer propuestas claras para que se pueda garantizar un control eficaz y eficiente a los servidores públicos que manejan bienes y dineros públicos, empleando necesariamente el método comparativo, dialéctico, exegético, histórico.

d.2.- PROCEDIMIENTO Y TÉCNICAS.-

Serán los procedimientos de observación, análisis y síntesis los que requieren la investigación jurídica propuesta, auxiliados de técnicas de acopio teórico como el fichaje bibliográfico o documental y de técnicas de acopio empírico como la encuesta y entrevista.

La investigación de campo se concreta a consultas de opinión a personas conocedoras de la problemática, previo muestreo poblacional de por lo menos 30 personas y 3 entrevistas a personas que estarán integradas por sujetos conocedores de la temática; en ambas técnicas se plantearan cuestionarios derivados de los objetivos, cuya operativización partirá de la determinación de variables e indicadores.

Los resultados de la investigación empírica se presentaran en tablas, barras o centro –grama y en forma discursiva con deducciones derivadas del análisis de los criterios y datos concretos, que se derivan para la verificación de objetivos e hipótesis y para arribar a conclusiones y recomendaciones.

d.3.- ESQUEMA PROVISIONAL DEL INFORME FINAL.-

El informe final de la investigación socio-jurídica propuesta seguirá el esquema previsto en el Art. 144 del Reglamento de Régimen Académico, vigente y que se concreta en: Tema, Resumen en Castellano y Traducido al Inglés; Introducción; Revisión de Literatura; Materiales y Métodos; Resultados; Discusión; Conclusiones; Recomendaciones; Bibliografía y Anexos.

Sin perjuicio del cumplimiento de dicho esquema es necesario que en este acápite de la metodología se establezca un esquema provisional para el informe final de la investigación socio jurídico, siguiendo la siguiente lógica:

El Control Social; el delito; el delincuente; la pena; los delitos contra la administración pública; etimología, concepto y clasificación del peculado; concepto de servidor público; concepto de servicio público; evolución del peculado a través de los diferentes código penales; el peculado y su relación con otras legislaciones; derecho comparado del delito de peculado según la legislación uruguaya, nicaragüense y ecuatoriana; responsabilidades de los funcionarios públicos; sanciones a los servidores públicos.

En segundo lugar se sistematizara la investigación de campo o el acopio empírico, siguiendo el siguiente orden: a) Presentación y análisis de los resultados de las encuestas, y; b) Presentación de las entrevistas.

En tercer orden vendrá la síntesis de la investigación jurídica, con la concreción de: a) Indicadores de verificación de los objetivos; b) la deducción de conclusiones y recomendaciones; y c) la fundamentación jurídica de la propuesta de reforma legal, en relación a la materia y al problema materia de síntesis en estudio.

g.- CRONOGRAMA.-

ACTIVIDADES	Octubre		Noviembre		Diciembre		Enero		Febrero		
Selección y definición del problema objeto de estudio		X	X								
Elaboración y aprobación del proyecto				X	X						
Desarrollo de Marco Conceptual, Doctrinario; y, Jurídico				X	X	X	X				
Investigación de campo						X	X				
Verificación de objetivos							X	X			
Conclusiones, recomendaciones y propuesta jurídica								X	X		
Redacción del informe final y corrección									X	X	
Presentación de los informes finales (tesis)										X	X

h.- PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO.-

h.1.- RECURSOS HUMANOS.-

Postulante: **Ana Cristina Gallo Sotomayor**

Director de tesis: Por designarse

Encuestados: 30 personas

Entrevistas: 3 personas conocedores de la problemática.

h.2.- RECURSOS MATERIALES Y COSTO.-:

DETALLES:	VALOR
Computadora	1.000
Libros	200.00
Internet	30.00
Hojas	60.00
Copias	50.00
Levantamiento de texto; impresión y encuadernación	150.00
Imprevisto	200.00
TOTAL	1.690

h.3.- FINANCIAMIENTO.-

Los costos de la investigación los financiare con mis propios recursos.

i.- BIBLIOGRAFÍA.-

- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 8 Tomos, 26ª Edición, Edit. Heliasta, 1998
- Código Integral Penal
- Constitución de la República del Ecuador;
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Español
- Ley Orgánica de Servicio Público
- Moreno Rodríguez Rogelio, Vocabulario de Derecho y Ciencias Sociales, Edit. Depalma, 1974
- ROMBOLA, Néstor; REBOIRAS, Lucio, Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales, Edit. Ruy Díaz, 2005
- www.wikipedia.com

ÍNDICE

PORTADA.....	i
CERTIFICACIÓN.....	ii
AUTORÍA.....	iii
CARTA DE AUTORIZACIÓN.....	iv
DEDICATORIA.....	v
AGRADECIMIENTO.....	vi
TABLA DE CONTENIDOS.....	vii
1. TÍTULO.....	1
2. RESUMEN.....	2
2.1 ABSTRACT.....	3
3. INTRODUCCION.....	4
4. REVISIÓN DE LITERATURA.....	9
5. MATERIALES Y MÉTODOS.....	59
6. RESULTADOS	61
7. DISCUSIÓN.....	78
8. CONCLUSIONES.....	83
9. RECOMENDACIONES.....	84
9.1 PROPUESTA DE REFORMA LEGAL.....	86
10. BIBLIOGRAFÍA.....	88
11. ANEXOS.....	90
ÍNDICE.....	106