



# **UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA**

**ÁREA JURÍDICA, SOCIAL Y ADMINISTRATIVA**

**CARRERA DE DERECHO**

**TITULO:**

“IMPROCEDENCIA DEL INCISO FINAL DEL ARTICULO 581 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, POR CONTRAPONERSE A LA POTESTAD DEL FISCAL DE INICIAR LA INVESTIGACIÓN DE OFICIO EN LOS DELITOS DE ACCIÓN PÚBLICA”

**TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN  
DE GRADO DE ABOGADO**

**AUTOR**

Jairo Rene Delgado Guachichulca

**DIRECTOR DE TESIS:**

Dr. Igor Eduardo Vivanco Müller Mg. Sc.

**LOJA – ECUADOR**

**2016**

## CERTIFICACIÓN

**Dr. Igor Eduardo Vivanco Müller Mg. Sc.** docente de la carrera de Derecho, del plan de contingencia de la Modalidad de Estudios a Distancia de la Universidad Nacional de Loja.

### CERTIFICO:

Que el presente informe de tesis denominado **“IMPROCEDENCIA DEL INCISO FINAL DEL ARTICULO 581 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, POR CONTRAPONERSE A LA POTESTAD DEL FISCAL DE INICIAR LA INVESTIGACIÓN DE OFICIO EN LOS DELITOS DE ACCIÓN PÚBLICA”** elaborado por el sr. *Jairo Rene Delgado Guachichulca*, ha sido planificada y ejecutada bajo mi supervisión, por lo tanto y haber cumplido con los requisitos establecidos por la Universidad Nacional de Loja, autorizo su presentación, sustentación y defensa ante el tribunal designado para el efecto.

Loja, Noviembre del 2016.



.....  
Dr. Igor Eduardo Vivanco Müller Mg. Sc.  
**DIRECTOR DE TESIS**

## AUTORÍA

Yo, Jairo Rene Delgado Guachichulca, declaro que soy el autor 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.

**Autor:** Jairo Rene Delgado Guachichulca

**Firma:** .....

**Cédula:** 1400830087

**Fecha:** Loja, Noviembre del 2016.

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

Yo, **JAIRO RENE DELGADO GUACHICHULCA**, declaro ser autor de la tesis **“IMPROCEDENCIA DEL INCISO FINAL DEL ARTICULO 581 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, POR CONTRAPONERSE A LA POTESTAD DEL FISCAL DE INICIAR LA INVESTIGACIÓN DE OFICIO EN LOS DELITOS DE ACCIÓN PÚBLICA”** como requisito para optar al grado de Abogado; 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 RDI, en las redes sociales información del país y del exterior, con los 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 23 días del mes de Noviembre del dos mil dieciséis.

**Firma:**  .....

**Autora:** Jairo Rene Delgado Guachichulca

**Cedula:** 1400830087

**Dirección:** C/. Sor María Troncaty y Pastor Bernard (Sucua – Morona Santiago)

**Correo Electrónico:** rambox321@hotmail.es

**Teléfonos:** 072702862 - 0988612732

**Datos complementarios**

**Director de Tesis:** Dr. Igor Eduardo Vivanco Müller Mg. Sc

**Tribunal de Grado:**

Dr. Byron Pinto	PRESIDENTE
Dr. Augusto Astudillo	VOCAL
Dr. Darwin Quiroz	VOCAL

## **DEDICATORIA**

A Dios por estar siempre conmigo y no dejarme solo, por darme la esperanza, sabiduría y confianza para seguir siempre adelante y levantarme a los tropiezos y enfrentarme a la vida.

A mis Padres que son el regalo más bello que me ha dado la vida quienes con su amor, sacrificio y apoyo incondicional hicieron posible la culminación de mis estudios y la realización de un proyecto más en mi vida.

A mis hermanos/as por brindarme su apoyo incondicional durante la carrera

***Jairo Rene Delgado Guachichulca***

## **AGRADECIMIENTO.**

Agradezco a Dios por el don de la vida. A mis padres por creer y confiar en mí y brindarme su apoyo Incondicional que día a día me lo han venido dando, siempre creyendo en mí y apoyándome en los buenos y malos momentos.

A la Universidad Nacional de Loja, al Área Jurídica Social y Administrativa de la Carrera de Derecho por haber permitido desempeñar mis estudios académicos.

A los distinguidos docentes quienes compartieron sus sabias enseñanzas durante nuestra formación académica e hicieron posible la culminación de uno de nuestro anhelo.

***El Autor***

## TABLA DE CONTENIDOS

CERTIFICACIÓN

AUTORÍA

CARTA DE AUTORIZACIÓN

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

TABLA DE CONTENIDOS

1. TÍTULO

2. RESUMEN

**2.1. ABSTRACT**

3. INTRODUCCIÓN

4. REVISIÓN DE LITERATURA

**4.1. MARCO CONCEPTUAL**

4.1.1. IGUALDAD

4.1.1.1. IGUALDAD FORMAL

4.1.1.2. IGUALDAD MATERIAL

4.1.2. SEGURIDAD JURÍDICA

4.1.3. PECULADO

4.1.3.1. SUJETO ACTIVO

4.1.3.2. LA CONDUCTA TÍPICA

4.1.4. ABUSAR DE CONFIANZA

4.1.5. APROPIACIÓN

4.1.5.1. APROPIACIÓN DE LOS RECURSOS DEL ESTADO

4.1.5.2. SUSTRACCIÓN

4.1.5.3. *DISTRAER PARA ABUSAR DE LOS RECURSOS DEL ESTADO*

4.1.6. MALVERSACIÓN

4.1.7. ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

4.1.8. DEFINICIÓN DE SANCIÓN

4.1.8.1. SANCIÓN PENAL (PENA)

4.1.8.2. SANCIÓN O PENA ADMINISTRATIVA

4.1.8.3. SANCIÓN O PENA CIVIL

**4.2. MARCO DOCTRINARIO**

4.2.1.	LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO
4.2.2.	PECULADO
4.2.3.	ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO
<b>4.3.</b>	<b>MARCO JURÍDICO</b>
4.3.1.	CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR
4.3.2.	CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL
4.3.3.	EL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL
<b>4.4.</b>	<b>LEGISLACIÓN COMPARADA</b>
5.	MATERIALES Y MÉTODOS
6.	RESULTADOS
7.	DISCUSIÓN
7.1.	VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS
7.2.	CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS
8.	CONCLUSIONES
9.	RECOMENDACIONES
9.1.	PROPUESTA DE REFORMA
10	BIBLIOGRAFÍA
11	ANEXOS
	ÍNDICE



## **1. TÍTULO**

**“IMPROCEDENCIA DEL INCISO FINAL DEL ARTICULO 581 DEL  
CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, POR CONTRAPONERSE A  
LA POTESTAD DEL FISCAL DE INICIAR LA INVESTIGACIÓN DE  
OFICIO EN LOS DELITOS DE ACCIÓN PÚBLICA”**

## **2. RESUMEN**

El presente trabajo de investigación cuyo tema es “IMPROCEDENCIA DEL INCISO FINAL DEL ARTICULO 581 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, POR CONTRAPONERSE A LA POTESTAD DEL FISCAL DE INICIAR LA INVESTIGACIÓN DE OFICIO EN LOS DELITOS DE ACCIÓN PÚBLICA” es así que el objetivo de este Trabajo de investigación esta orientada al análisis jurídico y crítico de los procedimientos y reclamos en la aplicación de la funciones de la Fiscalía, así como también establecer una reforma jurídica al Código Orgánico Integral Penal, por abordar un tema de la realidad jurídica y social ecuatoriana.

La Constitución de la República define a la administración pública como: “un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación”.

La administración pública, entonces, es una de las manifestaciones específicas del poder del Estado, quien tiene la facultad de imponer su voluntad, lo que se denomina Jus Imperium, todo ello sobre la base del interés público. Para ello está dotado de autonomía y de aututela administrativa que es el poder de actuar que posee la administración sin la necesaria intervención de un tercero imparcial, que le dé certeza y valor jurídico de título ejecutivo y ejecutorio a las manifestaciones de su voluntad.

Por lo expuesto la misión de la Fiscalía, es la representación social que actúa en defensa del interés público, de las personas y por la seguridad ciudadana, velando por la correcta aplicación de la ley, pero como señalaré más adelante, sometidos a los principios de oportunidad, mínima intervención penal y objetividad.

Es así que el inciso final del artículo 581 del Código Orgánico Integral Penal establece un presupuesto de procedimientos para el inicio de la investigación, únicamente para los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, tiene que existir un informe previo con indicios de responsabilidad penal emitido exclusivamente por el Fiscal, lo cual constituye a todas luces un obstáculo para que esta institución de orden institucional pueda ejercer de manera directa sus atribuciones conferidas en la Constitución y las leyes, e iniciar de oficio, una investigación cuando llegue a su conocimiento el presunto cometimiento de uno de estos delitos, lo cual genera indudablemente impunidad e inseguridad, por cuanto la mayor parte de estos delitos no están siendo investigados, menos aún juzgados, con la agilidad y eficiencia con que estas infracciones ameritan ya que van en contra del interés del Estado, puesto que el criterio del fiscal debe ser igual para asunto que de oficio se siguiera.

## **ABSTRACT**

The present research paper whose theme is "IMPROCEDENCE OF THE FINAL STATEMENT OF ARTICLE 581 THE CODE COMPREHENSIVE CRIMINAL ORGANIZATION, FOR COUNTERING THE FISCAL'S POTESTY OF INITIATING THE INVESTIGATION OF OFFICE IN THE CRIMES OF PUBLIC ACTION" is thus the objective of this Work of Investigation is oriented to the legal and critical analysis of the procedures and claims in the application of the functions of the Office of the Attorney General, as well as to establish a legal reform to the Integral Criminal Code, for addressing an issue of the juridical and social reality of Ecuador.

The Constitution of the Republic defines the public administration as: "a service to the community that is governed by the principles of effectiveness, efficiency, quality, hierarchy, deconcentration, decentralization, coordination, participation, planning, transparency and evaluation."

Public administration, then, is one of the specific manifestations of the power of the State, which has the power to impose its will, which is called Jus Imperium, all based on the public interest. To this end, it is endowed with autonomy and administrative autonomy which is the power to act that the administration has without the necessary intervention of an impartial third party, which gives certainty and legal value of executive and executory title to the manifestations of its will.

Therefore, the mission of the Office of the Prosecutor is the social representation that acts in defense of the public interest, of the people and for the citizen security, ensuring the correct application of the law, but as I will show later, subject to the principles of Opportunity, minimal penal intervention and objectivity.

Thus, the final paragraph of article 581 of the Integrated Code of Criminal Procedure establishes a procedure budget for the initiation of the investigation, only for crimes of embezzlement and illicit enrichment, there must be a previous report with indications of criminal responsibility issued exclusively by The Public Prosecutor, which is clearly an obstacle to the institution of this institution can directly exercise its powers conferred by the Constitution and laws, and initiate ex officio an investigation when it comes to its knowledge the alleged involvement of one Of these crimes, which undoubtedly generates impunity and insecurity, since most of these crimes are not being investigated, let alone tried, with the agility and efficiency with which these violations merit since they are against the interest of the State, since That the criterion of the prosecutor should be the same for a matter that of course was followed.

### **3. INTRODUCCIÓN**

La Fiscalía tiene control sobre la Policía Judicial, siendo su deber primordial, promover y ejercitar la acción penal por delitos de acción pública y para esto debe dirigir a la Policía Judicial, por esta razón tiene un papel preponderante dentro del nuevo sistema penal acusatorio, porque hoy el Fiscal investiga y el juez controla, porque éste último es de garantías.

Sus funciones están reguladas en los Arts. 194 al 197 de la Constitución de la República; y Arts. 281 y 282 del Código Orgánico de la Función Judicial, estos últimos que determinan que la Fiscalía General del Estado, es un organismo autónomo de la Función Judicial, único e indivisible que debe funcionar de forma desconcentrada con autonomía económica, financiera y educativa, le corresponde dirigir y promover de oficio o a petición de parte la investigación pre procesal y procesal penal, de acuerdo con el Código Orgánico Integral Penal, tratados internacionales de derechos humanos y la Constitución de la República; de tal manera que en los casos de acción penal pública de hallar mérito acusa a los presuntos infractores ante el juez competente e impulsa la acusación en la sustanciación del juicio penal.

Recordemos que la Fiscalía es el órgano encargado de exhibir la pretensión punitiva dentro del proceso penal, porque el Fiscal tiene que actuar con absoluta objetividad, esto es debe actuar en forma tal que no se salga de los límites de la verdad y ajuste su conducta a la finalidad de que se haga justicia sin condiciones, privilegios, influencias políticas, sociales y religiosas, pues hay que destacar que la Fiscalía es el defensor del ordenamiento jurídico del

Estado, al cual debe respetar; recalcando que tiene la obligación de averiguar con igual celo las circunstancias que demuestren la existencia del hecho punible, agraven o atenúen la responsabilidad del procesado y las que tiendan a demostrar su existencia o le eximan de ella, recordando que la carga de la prueba le corresponde al fiscal en los delitos de acción penal pública.

De lo anotado se desprende que le corresponde a la Fiscalía dirigir, realizar y coordinar la investigación e instrucción en materia penal, desvirtuar la presunción de inocencia señalada en el Art. 76 número 2 de la Constitución de la República mediante prueba legal que demuestre con certeza la existencia del delito y de la responsabilidad y culpabilidad del procesado; pero siempre respetando los derechos constitucionales de aquél.

En el sistema acusatorio de acuerdo al Art. 195 de la Constitución de la República, la Fiscalía es el sujeto procesal titular de la acción penal, pero al mismo tiempo es garantista de los derechos de los otros sujetos procesales, por su condición de representante de la sociedad.

Pero que sucede si la normativa vigente no permite a la Fiscalía General del Estado inicial ya sea de parte o de oficio la investigación previa si no es con un informe anticipado de la Contraloría General del Estado, se vulneran derechos y garantías constitucionales.

Pues como es de conocimiento general la legislación penal en Ecuador otorga plenas facultades al fiscal para que en representación de la sociedad y sin la

necesidad de impulso de parte ofendida, o incluso sin necesidad de denuncia u otro medio, esta institución puede dar inicio a la investigación pre procesal en todos los delitos de acción penal pública, de encontrar los elementos suficientes, solicitara el inicio del proceso penal y acusara a los infractores ante los jueces de garantías penales correspondientes.

Es así que el inciso final del artículo 581 del Código Orgánico Integral Penal establece un presupuesto de procedimientos para el inicio de la investigación, únicamente para los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, tiene que existir un informe previo con indicios de responsabilidad penal emitido exclusivamente por el Fiscal, lo cual constituye a todas luces un obstáculo para que esta institución de orden institucional pueda ejercer de manera directa sus atribuciones conferidas en la Constitución y las leyes, e iniciar de oficio, una investigación cuando llegue a su conocimiento el presunto cometimiento de uno de estos delitos, lo cual genera indudablemente impunidad e inseguridad, por cuanto la mayor parte de estos delitos no están siendo investigados, menos aún juzgados, con la agilidad y eficiencia con que estas infracciones ameritan ya que van en contra del interés del Estado, puesto que el criterio del fiscal debe ser igual para asunto que de oficio se siguiera.

La presente tesis de Investigación Jurídica se encuentra estructurada de la siguiente manera:

En primer lugar un **Marco Conceptual**, que comprende conceptos y definiciones del Sanciones, de igualdad formal y material, en tre otros conceptos que darán mayor realce al tema propuesto; un **Marco Doctrinario**,



que abarca las doctrinas de los tratadistas y estudiosos sobre el cómo se da las potestades a la Fiscalía General del Estado. **Marco Jurídico**, que comprende al análisis de la Constitución de la República del Ecuador, el Código Orgánico Integral Penal, el Código Orgánico de la Función Judicial y luego tenemos una Legislación Comparada, ya que me sirvió para realizar un análisis de la materia de otros países y poder extraer lo más positivo.

En segundo lugar el trabajo investigativo comprende un estudio de campo en el que se desarrollan encuestas y entrevistas a los conocedores del derecho en el que me ayudan a determinar o contrastar los objetivos e hipótesis planteada.

En tercer lugar luego del análisis de la investigación de campo se procedió a las conclusiones y recomendaciones y por último a una propuesta jurídica necesaria para la solución del problema planteado.

## 4. REVISIÓN DE LITERATURA

### 4.1. MARCO CONCEPTUAL

#### 4.1.1. IGUALDAD

Para entrar al estudio definitivo del presente trabajo hay que reconocer la igualdad de las personas y la justicia para cada uno de estos, como también la seguridad jurídica que estas tienen como derechos y garantías constitucionales,

Es así que decimos que hay algo extraño a la hora de hablar de igualdad.

Pero antes de todo sería conveniente aclarar una idea, esto es, hemos de preguntarnos ¿qué es la igualdad? Si acudimos al Diccionario de la Real Academia Española, éste nos indica lo siguiente: **“Conformidad de algo con otra cosa en naturaleza, forma, calidad o cantidad.”**<sup>1</sup>

Hay gran variedad de concepciones de la igualdad. Al hablar de este vocablo, hablamos de una palabra que tiene acepciones diversas y enfrentadas. También hay concepciones de la igualdad que se pueden complementar. La igualdad es una idea que ha hecho correr ríos de tinta, y por lo tanto, no es un tema de discusión para tomarlo a la ligera.

---

<sup>1</sup> DICCIONARIO de la Lengua Española, Real Academia Española, vigésima segunda edición. Grupo editorial Planeta S.A.I.C...

Claro está que ésta definición no es suficiente. De hecho más abajo en el mismo diccionario se dispone **“ante la ley: Principio que reconoce a todos los ciudadanos capacidad para los mismos derechos”<sup>2</sup>.**

Así lo afirma Vauvernargues que expresa que

**“La igualdad no es una realidad objetiva o empírica anterior al derecho, sino que la construcción jurídica de la igualdad implica siempre un juicio de valor, un proceso de abstracción que depende de la elección de las propiedades, criterios o rasgos considerados como relevantes entre los que se compara. De esta manera, el concepto de igualdad es incompleto y remite siempre a un punto de vista desde el que se realizan las comparaciones, poseyendo un sentido procesal, pues abre una vía para el argumento racional en relación con qué desigualdades jurídicas de trato son tolerables bajo qué circunstancias”<sup>3</sup>.**

**“En consecuencia, la igualdad es un concepto relacional que muestra la identidad que existe entre dos o más personas, cosas o hechos en relación tan sólo con algunos aspectos o elementos,**

---

<sup>2</sup> DICCIONARIO de la Lengua Española, Real Academia Española, vigésima segunda edición. Grupo editorial Planeta S.A.I.C...

<sup>3</sup> Así lo afirma Vauvernargues, recogido en BILBAO UBILLOS, Juan María y REY MARTINEZ, Fernando, “El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia española”, en El principio constitucional de igualdad, Lecturas de introducción, en Carbonell, Miguel (comp.) Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2003, p. 107.

***reconociendo las diferencias sustanciales que existen en el resto de los aspectos”<sup>4</sup>.***

Desde la perspectiva jurídica, la igualdad entre las personas implica estrictamente que la identidad que existe entre ellas reside en que todos y todas, sin excepción, son titulares de los mismos derechos y obligaciones, por lo que la igualdad jurídica es la idéntica titularidad y garantía de los mismos derechos fundamentales, independientemente del hecho, e incluso precisamente por el hecho, de que los titulares son entre sí diferentes.

Ahora bien, la igualdad no debe confundirse con el término identidad en el sentido de entenderse ésta como la obligación de todas las personas de ser tratadas exactamente de la misma forma, ni tampoco la permisividad de toda diferenciación, pues en este supuesto se disolvería la idea de igualdad puesto que, en caso de así ocurrir, supondría negar que el establecimiento de diferencias de trato jurídico a favor de ciertos colectivos sociales responde a la desventaja en la que se encuentran dichos grupos.

De aquí podemos inducir que no sólo se trata de un vocablo con trascendencia en el lenguaje común, sino que lo desborda y es un término jurídico, pues para que no se vulnere derechos y garantías constitucionales, es así que esta palabra se expresa para todas las personas sin importar raza o condición social.

---

<sup>4</sup> RUIZ MIGUEL, Alfonso “Sobre el concepto de igualdad”, en Carbonell, Miguel (comp.), El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2003, p. 44.

#### 4.1.1.1. IGUALDAD FORMAL:

La igualdad formal son las manifestaciones del propio principio de igualdad de trato, es decir, en la ley, ante la ley, en la aplicación de la ley, en el contenido de la ley y el mandato de no discriminación.

Al matizar este concepto, cabe diferenciar la igualdad en la ley, ***“referida como un mandato dirigido principalmente al legislador, para que regule las diversas situaciones, sin hacer discriminaciones odiosas, siendo normalmente una noción fácilmente verificable, pues hay discriminaciones obvias”<sup>5</sup>***.

Otra modalidad es la denominada igualdad ante la ley, que consiste en un mandato dirigido, y que debe de ser aplicado por los órganos judiciales, por el que se les exige tratar de igual manera a aquellas personas que se encuentran en idéntica situación, así como no tratar igual a personas que se hallan en situaciones sustancialmente distintas, por lo que las consecuencias jurídicas más importantes que se derivan de este principio son la igual capacidad jurídica de todos los ciudadanos/as y la exigencia de la generalidad de la ley.

Por otra parte, el principio de igual aplicación de la ley, ***“es un mandato dirigido a los órganos del Estado, -judicial y ejecutivo-, encargados de aplicar el derecho, mediante el cual se les exige no interpretar y aplicar la***

---

<sup>5</sup> En este sentido, en 1880 la Corte Federal norteamericana argumentó “si una ley excluyera a todos los hombres blancos de prestar servicios como jurado, nadie podría decir que no se ha privado a los hombres blancos de la protección igualitaria de la ley”, en Strauder c/West Virginia, citado por David Curie, Introducción a la Constitución de los Estados Unidos, Trad. V. Gómez. Zavalía, Buenos Aires, 1998, p. 93.

***norma de manera distinta en casos en que sean sustancialmente iguales***<sup>6</sup>.

Afirmación de la igualdad de derechos entre hombres y mujeres en la normativa. La igualdad formal no debe ser entendida en términos absolutos. Es decir, permite dar un tratamiento desigual a los diversos sujetos de derecho, con una única condición general: que ese tratamiento desigual no suponga un tratamiento que quiebre el sistema de Derechos Humanos y que en consecuencia, resulte discriminatorio. .

#### **4.1.1.2. IGUALDAD MATERIAL:**

La igualdad material se traduce en el derecho a la igualdad en la ley; esto es, en la no discriminación en las concretas relaciones sociales, evitando así que se produzcan diferencias o desigualdades por razones étnicas, o culturales o por cualquier otra condición.

Es la realización del principio de igualdad en la vida de las mujeres y de los hombres, y porque no tomar en consideración que los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito se los deje de lado para que la fiscalía no tenga la posibilidad de comenzar una investigación ya sea de pate o de oficio, vulnerando así los derechos y garantías que nuestra carta magna prevé para esta institución.

---

<sup>6</sup> REY MARTINEZ, Fernando, El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo, Comisión Nacional para Prevenir y Eliminar la Discriminación (CONAPRED), México, 2005, p. 28,

#### **4.1.2. SEGURIDAD JURÍDICA:**

A nivel etimológico podemos alcanzar algún conocimiento sobre el concepto de seguridad jurídica. En efecto, la palabra seguridad tiene su origen en una palabra latina, a saber, la palabra securitas. Esta proviene de sustantivar el adjetivo securus, el cual se puede traducir como tener seguridad de algo. Así, cuando aparece en la expresión seguridad jurídica hace referencia a las garantías que ofrece el Estado a los individuos, según las cuales sus bienes materiales, la seguridad de su persona y sus derechos no serán violados. Igualmente, la seguridad jurídica garantiza que si todo esto es violado, el Estado asegura a los individuos que tanto sus bienes, como el daño a su persona o los daños morales por la violación de sus derechos, serán reparados por el resto de la sociedad. La seguridad jurídica es, pues, la "certeza del derecho" que posee el individuo en la sociedad, la cual está garantizada por el Estado. El individuo se encuentra en una situación jurídica determinada, la ley de su país le protege de determinada manera y esta situación jurídica solo puede cambiar mediante los procedimientos legales establecidos legalmente para ello, los cuales suelen estar publicados previamente.

***“Cualidad del ordenamiento que produce certeza y confianza en el ciudadano sobre lo que es Derecho en cada momento y sobre lo que, previsiblemente lo será en el futuro (SAINZ MORENO). La seguridad jurídica «establece ese clima cívico de confianza en el orden jurídico, fundada en pautas razonables de previsibilidad, que***

***es presupuesto y función de los Estados de Derecho”<sup>7</sup> (PÉREZ LUÑO). “Supone el conocimiento de las normas vigentes, pero también una cierta estabilidad del ordenamiento”<sup>8</sup>.***

La seguridad es otro de los valores de gran consistencia y, por cierto, de importancia básica, porque la certeza de saber a qué atenerse, es decir, la certeza de que el orden vigente ha de ser mantenido aun mediante la coacción, da al ser humano la posibilidad de desarrollar su actividad, previendo en buena medida cual será la marcha de su vida jurídica.

La seguridad jurídica ha sido considerada según Ribó Duran en su Diccionario de Derecho ***"como garantía de promover, en el orden jurídico la justicia y la igualdad en libertad, sin congelar el ordenamiento y procurando que éste responda a la realidad social en cada momento"***<sup>9</sup>

Por su parte, el Maestro Burgoa afirma:

***"Ese conjunto de modalidades jurídicas a que tiene que sujetarse un acto de cualquiera autoridad para producir válidamente desde un punto de vista jurídico la afectación en la esfera del gobernado a los diversos derechos de éste, y que se traduce en una serie de requisitos, condiciones, elementos, etc., es lo que constituye las garantías de seguridad jurídica. Éstas implican, en consecuencia, el conjunto general de condiciones, requisitos, elementos o***

---

<sup>7</sup> Enciclopedia jurídica

<sup>8</sup> PÉREZ LUÑO, A. E.: La seguridad jurídica. Barcelona, 1991

<sup>9</sup> Ribó Durán, L. "Dic. de Derecho" Bosch, Casa Ed. Barcelona 1991, p. 210



***circunstancias previas a que debe sujetarse una cierta actividad estatal autoritaria para generar una afectación válida de diferente índole en la esfera del gobernado, integrada por el summum de sus derechos subjetivos"***<sup>10</sup>

Se trata de una condición necesaria para un sistema jurídico coherente y confiable, que facilite y propicie las actividades económicas con el consiguiente crecimiento.

Por seguridad jurídica entendemos esencialmente, la predictibilidad, la previsión, lo que se ha llamado "la regla de la calculabilidad", como así también la estabilidad. Esto quiere decir, que antes de celebrar un contrato, adoptar una decisión, producir un acto o un hecho, sepamos qué está permitido y qué no, cuáles son las consecuencias legales que se derivan de él o que vamos a tener que afrontar; significa conocer, anticipadamente, los efectos de los acuerdos o nuestra responsabilidad por los hechos o actos jurídicos que realicemos; la certeza de que no se van modificar los presupuestos de hecho y de derecho en virtud de los cuales tomamos resoluciones o decidimos inversiones.

#### **4.1.3. PECULADO:**

El término peculado es en el campo del Derecho, la malversación de caudales públicos, un delito consistente en la apropiación indebida del dinero perteneciente al Estado por parte de las personas que se encargan de su control y custodia. ***"El término peculado se emplea en el ámbito del***

---

<sup>10</sup> Burgoa, I.- "Las garantías individuales".- Ed. Porrúa, S. A., México, 1954, p. 396

***derecho para nombrar al delito que se concreta cuando una persona se queda con el dinero público que debía administrar. El peculado, por lo tanto, forma parte de lo que se conoce comúnmente como corrupción”<sup>11</sup>.***

La persona que incurre en esta falta defrauda la confianza del Estado, cuyas autoridades le encomendaron algún tipo de función y le posibilitaron el acceso a los recursos públicos. El peculado en ocasiones no refiere específicamente al robo de dinero, sino que también puede concretarse cuando el funcionario en cuestión hace uso de ciertos objetos que, en realidad, deberían estar disponibles para el bien común.

Es así que para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española peculado es ***“Del lat. Peculātus, En el antiguo derecho y hoy en algunos países hispanoamericanos, delito que consiste en el hurto de caudales del erario, cometido por aquel a quien está confiada su administración”<sup>12</sup>.***

Lo que diferencia al peculado de otro tipo de robos o estafas, en definitiva, es que el delincuente es alguien que ejerce funciones públicas y que se apropia de recursos estatales que debía custodiar y gestionar, abusando de su posición. Esta particularidad, por supuesto, agrava la condición de implicado.

En cuanto a la opinión jurídica, que sobre el tema que nos ocupa, ha manifestado el juez panameño, mediante diferentes fallos, lo siguiente:

---

<sup>11</sup> SALVADOR Orizaba Monroy, Diccionario Jurídico ABC Definición de pericia, edición 1, 2008

<sup>12</sup> DICCIONARIO de la Lengua Española, Real Academia Española, vigésima segunda edición. Grupo editorial Planeta S.A.I.C...

La Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, mediante sentencia fechada 14 de enero de 2000, indica que

***“... Lo cierto es que al observar el fallo atacado, visible a folio 990-995, éste utiliza los siguientes fundamentos jurídicos para confirmar la sentencia de primera instancia: “1. La conducta de los sindicados..., se encuentra tipificada dentro del delito de Peculado, puesto que éstos al momento de aprehender a los delincuentes, como funcionarios públicos, tenían la custodia de los bienes recuperados del ilícito hasta que fueron puestos a órdenes de las autoridades correspondientes. Como miembros de la Policía Nacional, dichos imputados han faltado a su juramento de proteger la vida, los bienes y la honra de los ciudadanos. 2. Queda debidamente probado que los hechos realizados por los imputados constituyen el delito de peculado, ya que estaban investidos de plena identidad como funcionarios públicos. En cualesquiera delitos es responsabilidad de la Policía Nacional el recabar evidencias y presentarlas ante la autoridad para su posterior inventario y custodia. 3. Ante tales circunstancias, existen suficientes indicios para que se dicte sentencia condenatoria, por lo que debemos confirmar el auto apelado, por cuanto realiza una correcta aplicación de las normas procesales y sustantivas penales.....”<sup>13</sup>***

---

<sup>13</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, mediante sentencia fechada 14 de enero de 2000

#### 4.1.3.1. SUJETO ACTIVO.

Criterio unánimemente sostenido es el que afirma que sólo la persona que ostenta el título de funcionario público puede ser sujeto activo del delito de peculado. Estamos, por consiguiente, en este caso, en presencia de un delito propio o especial, dado que la calidad del sujeto activo es elemento constitutivo del tipo. Sabido es que los delitos propios no se configuran sin la concurrencia de la especial calidad requerida para el mismo, elemento esencial para su estructuración jurídica. Lo que nutre la esencia propia de algunos tipos delictivos es precisamente la impronta que la conducta personal del sujeto activo deja en la conducta tipificada.

La calidad del sujeto activo no representa otra cosa que la valoración que la norma realiza en relación con la posición en que el sujeto se encuentra respecto del bien jurídico tutelado. ***“El delito de peculado adquiere su razón de ser en atención a que la cualidad del sujeto activo se objetiviza en la conducta antijurídica que integra la propia esencia del tipo”<sup>14</sup>***

En base a esta idea se concluye que aquellos que no sean funcionarios públicos, o no estén equiparados a ellos, por expreso mandato legal, no pueden cometer este delito. Pero además, hay que tener en cuenta que ***“la noción de funcionario público supone, necesariamente, la de función pública que es el conjunto de pensamiento, voluntad y acción que se despliega, con atributos de autoridad en la esfera de los órganos***

---

<sup>14</sup> JIMENEZ HUERTA, Mariano. La Tipicidad. Editorial Porrúa, S.A, México, D.F. 1955. pág. 57.

**legislativo, administrativo o judicial, en relación al Estado, a las otras entidades públicas o a los súbditos, normalmente por obra de los oficios públicos, y excepcionalmente por obra de los particulares”.**<sup>15</sup>

Cabe destacar que tanto nuestra legislación como la jurisprudencia utilizan indistintamente las expresiones funcionario público y empleado público para referirse a los individuos que desempeñan una función o destino público, de orden nacional, provincial o municipal. A este respecto la Corte Suprema de Justicia ha sostenido reiteradamente que:

**"Empleado público y funcionario público son términos equivalentes y es natural que así sea, porque, por funcionario público, lo mismo que por empleado de esa naturaleza debe entenderse el individuo investido de funciones oficiales públicas"**<sup>16</sup>

Así pues, el sujeto activo de la figura que examinamos es el funcionario o empleado público aceptando la equiparación de los conceptos realizados por la doctrina y jurisprudencia patrias que tuviere bajo su administración caudales u otros objetos públicos o privados, por razón de sus funciones.

Para el delito de peculado, a diferencia de lo que sucede en el Derecho Administrativo, no tiene importancia la especie de las funciones de que se encuentra revestido el empleado público, sino que basta que se trate de una función que entre en la esfera del poder legislativo, jurisdiccional o ejecutivo. El

---

<sup>15</sup> MAGGIORE. Giuseppe. Derecho Penal. Parte Especial. Vol. III. Editorial Temis. Bogotá, 1955, pág. 9.

<sup>16</sup> CORTE SUPREMA DE JUSTICIA S. 27 de agosto de 1936, R.l. No. 14, pág. 297

Derecho Penal maneja nociones procedentes de otras ramas del Derecho, en este caso del

Para la comisión del delito resulta indiferente que la función pública sea permanente o temporal. Coincidiendo con esta interpretación, nos dice MAGGIORE: **"aún una simple aplicación ocasional o temporal al ejercicio de esa misma función", y "no es necesario que la legitimidad de esa aplicación resulte expresamente de normas jurídicas, ya que la facultad de ordenarla debe considerarse implícita en el poder jerárquico cuando no esté expresamente excluida o no resulte incompatible con la índole de sus funciones"**<sup>17</sup>

**"La norma condiciona la configuración del ilícito a la existencia de una relación funcional entre el autor y los bienes. A esta característica, es precisamente, la que algunos autores denominan "presupuesto del delito".<sup>18</sup>.**

Para los efectos del delito previsto en la norma bajo estudio no basta tener la calidad de funcionario público en abstracto, sino que es menester otro factor que hace relación con las funciones en el ejercicio de las cuales el mismo se comete. ***"De tal manera que para que un determinado funcionario pueda ser inculcado por peculado se requiere la atribución de ciertas funciones que permitan a su acto material encuadrar dentro del tipo"***.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal. Parte Especial. Vol. III. Editorial Temis. Bogotá, 1955, pág.18

<sup>18</sup> MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal. Parte Especial. Vol. III. Editorial Temis. Bogotá, 1955, pág. 9.

<sup>19</sup> En este mismo sentido: PEREZ, Luis Carlos. Tratado de Derecho Penal Tomo III. Editorial Temis. Bogotá, D. E. 1968. pág. 181.

Si no existe una función de autoridad respecto de los caudales que le han sido encomendados al agente, la apropiación de los mismos puede ser imputada como delito contra la propiedad, pero no como peculado.

#### **4.1.3.2. LA CONDUCTA TÍPICA.**

***“La descripción abstracta y objetiva de la conducta antijurídica recogida en cada tipo penal, contiene un verbo activo que reviste la trascendente importancia de indicar la verdadera esencia o núcleo del tipo.”<sup>20</sup>***

La conducta delictuosa prevista en la norma se manifiesta en las expresiones "apropie", "sustraiga" o "malverse" y consiste en el apoderamiento por parte del funcionario público de los caudales u otros objetos en cuya posesión se encuentra por razón de sus funciones.

#### **4.1.4. ABUSAR DE CONFIANZA**

Acción y efecto de abusar; de usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de alguna cosa o de alguien. En sentido jurídico lo constituye el hecho de usar de un poder, de una facultad, de un derecho o de una situación, así como también de una cosa, más allá de lo lícito. El abuso tuvo, en lo que respecta a las cosas, una legitimidad en el Derecho Romano cuando definía el dominio como el derecho no solo de usar y de disfrutar de una cosa, sino

---

<sup>20</sup> JIMENEZ HUERTA, Mariano. La Tipicidad. Editorial Porrúa, S.A, México, D.F. 1955. pág. 68-69

también de abusar de ella. Esta legitimidad del abuso ha subsistido en materia civil hasta nuestros días. Pero, frente a esa excesiva facultad, se abren camino las teorías y las legislaciones que atribuyen a la propiedad una función social.

Abuso es la acción y efecto de abusar. **“Este verbo supone usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente algo o a alguien”**<sup>21</sup>, según detalla el diccionario de la Real Academia Española (RAE)

Es así que el Diccionario de términos Jurídicas establece que abuso es cuando, ***“Se incurre en él, para la comisión de ciertos delitos afectantes del orden patrimonial, el agente se vale de las facilidades que le proporciona la persona perjudicada y que son debidas a la confianza que le dispensa. Esa circunstancia, calificativa del delito, puede darse en la estafa y en el hurto, como en el llamado hurto doméstico o familiar. También, en los delitos contra la honestidad”***<sup>22</sup>.

***“Es cuando se utiliza un derecho o facultad legalmente concedida pero en contra de los fines para el cual fue dado, o se opone a la moral, la buena fe y las buenas costumbres. Quien abusa de un derecho deberá responder legalmente por los perjuicios que ocasione”***<sup>23</sup>.

El abuso no es otra cosa que, por la potestad que se entrega a una persona por parte del estado, y este sin ver sus consecuencias abusa usufructuando

---

<sup>21</sup> Definición de abuso - Qué es, Significado y Concepto <http://definicion.de/abuso/#ixzz46C9RGG6V>

<sup>22</sup> Diccionario de términos Jurídicas, abril 20, 2010

<sup>23</sup> Concepto de abuso - Definición en DeConceptos.com



sus bienes, afectando dolosamente a dicha institución ya sea de forma económica, moral y social.

El abuso a las instituciones estatales, se lo reconoce como peculado, delito que establece penas muy elevadas para el infractor, así como también no establece la prescripción para este tipo de delitos.

#### **4.1.5. APROPIACIÓN.**

Apropiarse significa disponer de una cosa como si se fuera dueño de ella. Entraña, por parte del agente, un comportamiento de propietario, realizando sobre los bienes actos de dominio incompatibles con el título de su posesión. En tal forma, que el funcionario público se apropia de los bienes ejerciendo sobre los mismos actos a título de propietario, o sea, los actos de disposición a que se refiere el Derecho Civil, sin tener la calidad de tal.

La apropiación, como lo exponen LEVI y MANZINI, ***“no transforma el título posesorio en uno de dominio, ya que un acto ilícito no tiene la virtualidad de surtir efectos jurídicos”***<sup>24</sup>

No se precisan en la norma las distintas formas materiales en que el sujeto puede incurrir en apropiación y por ello puede concluirse que constituye apropiación cualquier medio idóneo o cualquier conducta indicativa de la

---

<sup>24</sup> SUAREZ MONTES, Rodrigo Fabio. El Delito de Malversación de Caudales Públicos. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Junio 1966. pág. 18.

voluntad de ***"poner los bienes fuera del alcance de la custodia bajo la cual las leyes, los reglamentos, o en general las disposiciones las colocan"***<sup>25</sup>.

En términos generales, en el delito de la malversación de caudales la acción material opera apoderándose de las cosas, quebrantando el vínculo de lealtad que liga al funcionario con la administración pública, y por razón de la cual, para los fines públicos correspondientes, están materialmente bajo su custodia.

Es oportuno destacar que la norma no exige que la conducta delictuosa se cometa en ejercicio de las funciones; basta que el funcionario se encuentre en la posesión o tenencia de los caudales u otros objetos, por razón de las funciones, siendo intrascendente que la apropiación ocurra en momentos en que éste no se encuentre transitoriamente en el ejercicio de las mismas.

Conviene señalar, también que ***"para la existencia o configuración del ilícito resulta necesario que el sujeto se apropie efectivamente de los caudales, y no que sólo parezca posible o probable"***.<sup>26</sup>

La circunstancia de que el sujeto se apropie de los caudales en todo o en parte, sólo tendrá importancia para la determinación de la pena, ya que la norma realiza una graduación de la misma en relación directa con el monto de la suma apropiada; siendo indiferente para la existencia del delito.

---

<sup>25</sup> SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1967. pág. 182

<sup>26</sup> MAGGIORE, Giuseppe. Ob. Cit. pág. 158

Para la norma, la apropiación se supone definitivamente sin ánimo de restituir los caudales y objetos entregados a la custodia del funcionario. Si la conducta típica viene, pues, constituida por la apropiación definitiva, para siempre, con ánimo de no restituir, no estaríamos en presencia de peculado por apropiación en aquellos supuestos en que se manifiesta el decidido propósito de reintegrar los caudales tras su momentánea utilización, puesto que en ellos faltará el ánimo de apropiación definitiva. Tampoco integrarían el ilícito las irregularidades administrativas en el manejo de los dineros públicos o en la custodia de los otros objetos muebles, en las que siempre faltará el elemento subjetivo del mismo.

Sustracción es expresión que no refleja el elemento subjetivo del delito, constituido por el ánimo de la apropiación; siendo ambiguo su significado al servir, no sólo para indicar el hecho de quitar u ocultar la cosa con el fin de apropiación, sino también el de quitarla de un lugar determinado para apoderarse de ella. Tal como sostiene SUAREZ MONTES, **"la sustracción no es necesaria ni suficiente para configurar el delito de peculado"**<sup>27</sup>

No faltan quienes, teniendo como fundamento el concepto de sustracción, estimaran como posible la perpetración del delito de peculado mediante hurto, lo que a todas luces resulta inaceptable.

Cabe mencionar que la doctrina española en forma unánime ha realizado la equivalencia entre sustracción y apropiación. Al respecto señala GROIZARD, que la sustracción no es la mera apropiación sino la apropiación dolosa.

---

<sup>27</sup> SUAREZ MONTES, Rodrigo Fabio. Ob. Cit. pág. 17

***"Sustrae el que se apropia de las cosas apartándolas, separándolas, excluyéndolas"<sup>28</sup>***

#### **4.1.5.1. APROPIACIÓN DE LOS RECURSOS DEL ESTADO:**

Delito que consiste en disponer dolosamente de la cosa como propia, transmutando la posesión lícita originaria en una propiedad ilícita o antijurídica, con incumplimiento definitivo de las obligaciones de entregar o devolver.

Para el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define como ***“Hacer algo propio de alguien, aplicar a cada cosa lo que le es propio y más conveniente, acomodar o aplicar con propiedad las circunstancias o moralidad de un suceso al caso de que se trata”<sup>29</sup>***

Existen varios usos de esta noción. En el terreno del derecho, los bienes que resultan susceptibles de apropiación son aquellos cuya propiedad puede recaer de manera directa en su titular, quien puede disponer de él libremente dentro de lo estipulado por la ley. La apropiación, en este marco, marca el hecho de quedarse con la propiedad de algo.

Si alguien se arroga la propiedad de un bien ajeno para obtener un lucro, comete el delito de apropiación indebida. De acuerdo a cada legislación, es posible que la apropiación indebida sea considerada como una estafa,

---

<sup>28</sup> GROIZARD, Alejandro. Código Penal de 1870. Tomo IV. Imprenta Esteban Hnos. Salamanca, 1891. pág. 273.

<sup>29</sup> DICCIONARIO de la Lengua Española, Real Academia Española, vigésima segunda edición. Grupo editorial Planeta S.A.I.C...

diferenciándose del hurto y del robo por el mecanismo que utiliza el delincuente para apropiarse del bien.

***“Verbo activo transitivo. Se define como adueñar, adquirir, o apoderar de algo o hacer que sea de propiedad de alguien. Aplicar a cada cosa lo que es perteneciente y lo que es más beneficioso y adecuado”<sup>30</sup>.***

*Podemos observar que apropiarse es establecer posesión de algo, sin que esto sea suyo y en forma dolosa, no reconoce derecho alguno sobre los bienes de terceros, y porque no al estar estudiando el tema que hemos planteado podemos llegar a la conclusión que el apoderarse o apropiarse de un bien públicos es un delito que merece su pronta investigación, por parte de las entidades del estado.*

#### **4.1.5.2. SUSTRACCIÓN**

No cabe duda que el término "sustracción" es inadecuado para significar la acción material del delito de peculado, y es que, mal puede hablarse de sustracción cuando los caudales deben encontrarse en la posesión material o inmediata del autor.

Sustracción es expresión que no refleja el elemento subjetivo del delito, constituido por el ánimo de la apropiación; siendo ambiguo su significado al servir, no sólo para indicar el hecho de quitar u ocultar la cosa con el fin de apropiación, sino también el de quitarla de un lugar determinado para

---

<sup>30</sup> <https://definiciona.com/apropiar>

apoderarse de ella. Tal como sostiene SUAREZ MONTES, **"la sustracción no es necesaria ni suficiente para configurar el delito de peculado"**<sup>31</sup>.

No faltan quienes, teniendo como fundamento el concepto de sustracción, estimaran como posible la perpetración del delito de peculado mediante hurto, lo que a todas luces resulta inaceptable.

Nuestro Código, inspirado en esta materia en la legislación española, utiliza la sustracción como una de las distintas formas que puede revestir la conducta delictuosa; lo que a nuestro juicio no se justifica, ya que existe en la norma el término apropiación, concepto indudablemente de alcance técnico más conforme con la acción que se pretende señalar en este delito.

Legislaciones que utilizaron el término "sustracción", como el Código italiano de 1889 (ZANARDELLI), luego lo abandonaron por el de "apropiación". (Véase Código de ROCCO de 1930).

Cabe mencionar que la doctrina española en forma unánime ha realizado la equivalencia entre sustracción y apropiación. Al respecto señala GROIZARD, que la sustracción no es la mera apropiación sino la apropiación dolosa. **"Sustrae el que se apropia de las cosas apartándolas, separándolas, excluyéndolas"**<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> SUAREZ MONTES, Rodrigo Fabio. El Delito de Malversación de Caudales Públicos. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Junio 1966. pág. 17

<sup>32</sup> GROIZARD, Alejandro. Código Penal de 1870. Tomo IV. Imprenta Esteban Hnos. Salamanca, 1891. pág. 273.

Al igual que la doctrina, la jurisprudencia española ha entendido siempre sustracción como equivalente de apropiación. SUAREZ MONTES nos informa que la jurisprudencia española se vio precisada a realizar la equivalencia entre estos dos términos, a fin de distinguir el delito de peculado por apropiación de otras figuras delictivas como la de uso, en la que únicamente existe una distracción momentánea de los caudales con intención manifiesta de restituirlos.

#### **4.1.5.2. DISTRAER**

Para poder determinar el origen etimológico del término distracción que ahora nos ocupa, tendríamos que irnos hasta el latín. Y es que es en la palabra “distractio”, donde se encuentra aquel. No obstante, no podemos obviar que ella, a su vez, emana del verbo “distrahere”, compuesto de dos partes: el prefijo “dis-”, que es sinónimo de “separación o divergencia”, y el verbo “trahere”, que significa “tirar o arrastrar”.

Es la acción y efecto de distraer. Este verbo se refiere a entretener, divertir o apartar la atención de alguien de aquello a que la aplicaba o a que debía aplicarla.

Debe considerarse a un acusado, autor del delito de peculado, si cambia la finalidad jurídica de las sumas confiadas a su cuidado y que están dentro de su esfera material a virtud del empleo que desempeña; pues por "distraer", debe entenderse cambiar la finalidad jurídica del bien confiado.

#### 4.1.6. MALVERSACIÓN.

Malversar del *“latín, male y versare”*<sup>33</sup>, implica tanto el concepto de la inversión ilícita de los caudales como de aplicarlos a usos distintos de aquellos para los cuales están' destinados.

El legislador al incluir la "malversación" como una de las conductas delictuosas, no tuvo otra intención -a nuestro juicio- que la de abarcar dentro de ese concepto todas aquellas formas posibles de distracción de los caudales que no entrañaran "apropiación" o "sustracción" de los mismos. Prueba de ello es que el término malversación se encuentra calificado por la expresión en cualquier forma.

Estimamos que el término malversar debe entenderse en un sentido amplio comprensivo de todas las modalidades, de la conducta delictiva, incluyendo la omisiva dolosa, comúnmente denominada "comisión por omisión".

Concluimos pues, que el delito previsto en la norma bajo estudio, se produce por el acto del funcionario de apropiarse o prestar su consentimiento para que otros se apropien, configurándose de esta manera las dos formas dolosas del delito: comisión activa y comisión por omisión. Dado que el elemento psíquico del tipo consiste en la voluntad de apropiación, el mismo no admite la comisión culposa.

---

<sup>33</sup> Real Academia Española (2014). «discriminación». *Diccionario de la lengua española* (23.ª edición). Madrid: Espasa.



#### 4.1.7. ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

El delito de enriquecimiento ilícito puede ser entendido como el delito de corrupción funcional por excelencia, debido a que quien lo comete solo puede ser una persona que, al momento de ingresar al cargo público, ha asumido una serie de derechos, potestades y, sobre todo, deberes que constituyen el límite de sus actos. Así, un funcionario público tiene deberes de transparencia y probidad que debe cumplir y que delimitan las formas en que esa persona puede incrementar su patrimonio.

Siendo esto así, la única manera en que los funcionarios públicos pueden enriquecerse es a través de actividades ilícitas. ***“Para que un funcionario público sea considerado sospechoso y sea investigado por la supuesta comisión del delito de enriquecimiento ilícito es necesario que aquél no solo presente un desbalance patrimonial, sino que el mismo no pueda ser justificado por el funcionario público probando que las fuentes de dicho incremento patrimonial son lícitas. Es decir, lo que se sanciona en este delito es la imposibilidad de justificar la licitud del desbalance patrimonial. Debe entenderse como “incremento patrimonial” tanto la incorporación de bienes al patrimonio como la disminución de pasivos”***<sup>34</sup>.

Del latín *illicītus*, un ilícito es aquello que no está permitido legal o moralmente. Se trata, por lo tanto, de un delito (un quebrantamiento de la ley) o de una falta ética. Por ejemplo: *“Hemos apresado a un hombre que acababa de cometer un*

---

<sup>34</sup> MONTROYA VIVANCO, Yván y otros. Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013, p.97.

*ilícito en el centro comercial”, “El sospechoso tiene antecedentes por distintos ilícitos, desde robos hasta asesinatos”.*

No podemos olvidar que también existe lo que se conoce como ilícito administrativo. Se trata de un término que es definido como el acto o la conducta que es totalmente contraria a lo que establece el Derecho. Es decir, el ilícito administrativo es la infracción que suele tener una sanción determinada. Entre los ejemplos más comunes de aquel estarían las multas de tráfico.

Adentrándonos un poco más en la definición de dicho término podemos establecer también que un ilícito administrativo es el conjunto de prohibiciones que se organizan dentro de los ordenamientos administrativos.

#### **4.1.8. DEFINICIÓN DE SANCIÓN**

Se denomina sanción a la consecuencia o efecto de una conducta que constituye a la infracción de una norma jurídica. Poniendo de manifiesto lo que considera fundamento para la teoría del Derecho-amenaza, Vasconcelos rechaza la idea de sanción únicamente como instrumento de constreñir. En su favor, lanza mano del argumento de Cesare Baccaria, que incluía, entre los medios hábiles para evitar los delitos, la recompensa a la virtud. Así, en su percepción, actualmente se tiene atribuido grande valor al incentivo, especialmente en los asuntos de naturaleza fiscal, por imposición de las redefiniciones programáticas del Estado Social, por lo tanto este expresa

***“Las sanciones organizadas son las expresiones de aprobación o reprobación que están bajo control de los subgrupos oficiales y se realizan de acuerdo con las tradiciones y procedimientos formales; las difusas son las que promueven los individuos o subgrupos antioficiales y oscilantes. En una sociedad, las sanciones de reprobación, las que se refieren a lo que no se debe hacer, suelen ser más organizadas y definidas que las de aprobación, y suelen estar explícitas en el orden social y jurídico”.***<sup>35</sup>

Es por medio de las sanciones que el individuo regula su conducta, en primer lugar, para evitar desaprobaciones y obtener recompensas o por el deseo de obtener aprobaciones y evitar castigos; y en segundo, por el hecho de que el individuo aprende a reaccionar hacia modos particulares de conducta con juicios de aprobación o desaprobación conforme los compañeros de su medio social. Resalta, sin embargo, que en todas las sociedades humanas las sanciones negativas (punitivas) estén más bien definidas que las positivas. Por otra parte, las sanciones negativas organizadas, entre las cuales las penales, cuando las impone una autoridad constituida, son procedimientos reconocidos socialmente que se dirigen contra las personas cuya conducta es objeto de desaprobación social.

En las palabras de García Maynes, la sanción puede ser definida como consecuencia jurídica que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado, es así que menciona ***“Por sanción se entiende la reacción***

---

<sup>35</sup> VASCONCELOS, A. *Teoria da norma jurídica*, São Paulo 1993, Malheiros Ed. Ltda., 3ª ed., p. 156

***de aprobación (sanción positiva) o reprobación (sanción negativa) de una autoridad, de un subgrupo o de toda la sociedad hacia una conducta***<sup>36</sup>

En la concepción de Kelsen, lo que distingue la norma jurídica es la imputación de una consecuencia para el caso de ocurrir un comportamiento contrario al mandamiento prescrito en la norma a su destinatario. En realidad, se caracteriza por la inclusión de una restricción en el texto de la norma. Tal restricción que se incorpora al texto, es decir, la enunciación conminatoria que se incorpora a la norma, constituye la sanción, elemento esencial que pone de manifiesto el carácter coercitivo del derecho. Sin sanción, no hay norma jurídica. Sin embargo, por sanción se entiende la imposición de un mal, tal como la privación de la libertad, de derechos o bienes, que se aplica por medio de la coacción y, si necesario, de la fuerza física. Por otra parte, la coactividad de hecho, la coacción psíquica (la amenaza), la efectividad de la sanción, por si acaso realiza su condición, es decir, el ilícito, nada de esto importa, sino que la simple previsión en la norma de la sanción es por ello que expresa que ***“puede ser organizada o difusa en el ordenamiento jurídico”***<sup>37</sup>

Para Radcliffe-Brown, la sanción es la reacción por parte de una sociedad, o de un considerable número de sus miembros, hacia una forma de conducta, para aprobarla o reprobarla, sea por medio de expresiones espontáneas de sus miembros sea por medio de acciones sociales de acuerdo con las tradiciones o con los procedimientos oficialmente reconocidos. É por medio de las sanciones

---

<sup>36</sup> (GARCÍA MAYNES, E. *Introducción al Estudio del Derecho*, México 1982, Editorial Porrúa, S. A., 13<sup>a</sup> ed., p. 295).

<sup>37</sup> “HANS Kelsen y Evgeni Paschukanis”, *La doctrina de Kelsen sobre el carácter coactivo del Derecho*, Bogotá 1984, Editorial Temis, p. 189; KELSEN, H. “¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?”, México 1995, Distribuciones Fontamara, 4<sup>a</sup> ed., p. 11; PATTARO, E. *Elementos para una teoría del Derecho*, Madrid 1991, Editorial Debate, p. 56

que el individuo regula su conducta: en primer lugar, para evitar desaprobaciones y obtener recompensas o por el deseo de obtener aprobaciones y evitar castigos; y en segundo, por el hecho de que el individuo aprende a reaccionar hacia modos particulares de conducta con juicios de aprobación o desaprobación conforme los compañeros de su medio social. Resalta, sin embargo, que en todas las sociedades humanas las sanciones negativas (punitivas) estén más bien definidas que las positivas. Las sanciones de premio, como los honores, condecoraciones, títulos o otras recompensas al mérito, como pensiones especiales, exenciones tributarias, raras veces están muy desarrolladas, sino en las sociedades modernas. Por otra parte, las sanciones negativas organizadas, entre las cuales las penales, cuando las impone una autoridad constituida, son procedimientos reconocidos socialmente que se dirigen contra las personas cuya conducta es objeto de desaprobación social, por lo expuesto daremos cita sobre lo que este autor expresa sobre el concepto de sanción y es así que dice ***“Así, las obligaciones, es decir, las reglas de conducta imperativas no observadas implican una reprobación (sanción negativa) y, por el contrario, cuando observadas, bien como la práctica de conductas facultativas, implican una aprobación (sanción positiva)”***<sup>38</sup>

En la percepción de Pasukanis, para sustituir la costumbre de reparación según la regla de talión (ojo por ojo), y apaciguar los conflictos, sustituyendo la venganza de sangre que ocurría de generación en generación hasta que uno de los grupos exterminara al enemigo, empieza a consolidarse el sistema de arreglos o de reparaciones de las ofensas en dinero. Esta es la idea del

---

<sup>38</sup> RADCLIFFE-BROWN, A.R. *Estructura y función en la sociedad primitiva*, Barcelona 1996, Península, 3ª ed., p. 233

equivalente, primera idea puramente jurídica, que encuentra su origen en la forma de mercancía. Es así que él menciona que:

***“...Según la jerarquía de valores establecida en el orden social y los principios que la justifican, la territorialidad, la temporalidad, y otros factores antropológicos o culturales, las sanciones se expresan en diferentes grados de intensidad, sea en la franja positiva o sea en la negativa, conforme a los sectores o subsistemas sociales en los que se encuentran. Así, a una conducta dada se le puede aplicar una sanción en el más alto grado en un determinado sector social que en otro, o en un mismo sector en determinadas circunstancias diferentes. Incluso, en determinada circunstancia, una misma conducta puede tener una sanción positiva y en otra una sanción negativa. Esto puede pasar, por ejemplo, con relación a un golpe que un boxeador aplica a su contrincante en una lucha válida por el título de campeón, por lo que tendrá una sanción positiva que culmina con la entrega del título. Por otro lado, la misma conducta, si es practicada en otro contexto, podrá valerle una sanción negativa, con el correspondiente castigo. En determinadas circunstancias podrá valerle una sanción criminal...”***<sup>39</sup>

En el caso del delito, puede ser considerado como una variedad del cambio, en el cual la relación contractual es fijada *post factum*, es decir, después de una acción arbitraria de una de las partes. La proporción entre el delito y la

---

<sup>39</sup> PASUKANIS, E. Teoría General del Derecho, Barcelona 1976, Ed. Labor, p. 145

reparación se reduce a una proporción o igualación de cambio, una forma de justicia, conforme preconizaba Aristóteles. De este modo, la sanción aparece como un equivalente que compensa los perjuicios sufridos por la víctima

#### **4.1.8.1. PENAL (PENNA)**

Es el recurso que utiliza el Estado para reaccionar frente al delito, expresándose como la restricción de derechos del responsable. 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, por lo tanto se lo define así:

***“...El delito sin pena es campana sin badajo. Pues el delito sin pena no es sancionable, Por lo tanto, era preciso fijar el acompañamiento del crimen, para espanto y escarmiento de los criminales; en otros términos, labrar en la cantera unas sanciones que correspondieran a la malicia de los autores y a la gravedad de la falta: exacerbadas aquéllas y éstas”.***<sup>40</sup>

Se puede decir que la sanción jurídico penal es la reacción jurídico estatal frente a los ataques más graves a los bienes protegidos legalmente y tipificados como delitos.

---

<sup>40</sup> GARCIA RAMÍREZ, Sergio. “Itinerario de la Pena”, en Criminalia. Academia Mexicana de Ciencias Penales. Año LXIII, No. 1. México: Ene- Feb., 1997. pág. 182.

De ahí la importancia de este tema, poco tratado por los juristas nacionales, cuyo trabajo se ha concretado preponderantemente al tipo, dentro del estudio de la norma penal, por la sanción que se establece para el infractor que a infringido la ley tomando en consideración que se debe sancionar de una forma equitativa, cuya finalidad es una restricción a la libertad personal, obviamente que esta privación a la libertad, porque su título de esa libertad, encuadra su conducta comisiva u o misiva antijurídica a uno de los tipos penales del Código Orgánico Integral Penal.

Como consecuencia de la imposición punitiva, el tribunal penal también les restringe al condenado ciertos derechos personales y políticos, hasta que dicha pena en cuanto al tiempo se cumpla, conforme la ordene el considerando de la sentencia una vez ejecutada. De esta forma podemos definir que el Código Orgánico Integral Penal establece algunas formas de penas es así que establece una pena pecuniaria, que establece una sanción en un centro de rehabilitación social con penas que no superan los cuarenta años, y que pudieren ser tomadas de una buena forma para sancionar así al perito que faltare a la verdad en su informe, en este mismo cuerpo legal establece dos penas más que se deberían establecer para este delito, como son la pena civil, que en nuestro caso sería la destitución del servidor público, y una pena administrativa que sería el pago en dinero por los daños ocasionados a las partes, dando así una normativa que no vulnera los derechos constitucionales ya sea para cualquiera de las partes.



#### 4.1.8.2. PENA ADMINISTRATIVA

Es el pago en dinero de una multa al Estado como castigo por haber cometido un delito, pues se la define según la siguiente forma:

***“Es la denominación de la sanción que consiste en el pago de una multa al Estado como castigo por haber cometido un delito. La pena pecuniaria es una de las más leves que se pueden imponer dentro del derecho penal, y es utilizada también en derecho administrativo como forma para sancionar los incumplimientos.”<sup>41</sup>***

De justa y llevadera acción se debe proceder con una pena pecuniaria en contra de aquellos informes periciales en los que se hallen anomalías que atenten en contra de una de los derechos de las partes procesales.

El abogado, el juez, el magistrado, no se deberían guiar sólo por las meras conclusiones, sino saber interpretar el informe pericial y saber refutar algunas conclusiones en las que se puede encontrar contradicciones, (aunque inicialmente den la impresión de ser precisas, detalladas, lógicas, moderadas, imparciales, etc.), o bien deban pedir el asesoramiento de varios peritos en caso de duda o falta de claridad, aunque el costo del proceso se encarezca pero no por ello se sacrifiquen la verdad y la justicia

---

<sup>41</sup> SALMORÁN, R.T. *El Derecho y la ciencia del Derecho*, México 1984, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 39

#### **4.1.8.3. PENA CIVIL**

La sanción civil se da con la destitución del servidor público, y de esta forma se sanciona el mal actuar de estas personas. Pero fundamentándonos en nuestro tema, es necesario se de este tipo de sanción para de esta forma reprender la falta de veracidad en el informe pericial dando así una pena que no vulnera derechos y se acoge a lo que establece nuestra Constitución, como una forma de hacer valer nuestros derechos dentro de ella.

## **4.2. MARCO DOCTRINARIO**

### **4.2.1. LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO**

El hecho de que la fiscalía sea una entidad pública creada con el propósito de acusar al infractor de cualquier delito respecto a su jurisdicción y competencia, pero hay que tomar en consideración que nuestro Código Orgánico Integral Penal no prevé dicha investigación ya sea de parte o de oficio por la Fiscalía General del Estado si no es con previo informe de la Contraloría General del Estado, para los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito dejando en vulnerabilidad jurídica a todos los ciudadanos por ser un delito contra el estado.

El Ministerio Fiscal, como parte integral del Ministerio Público juega un papel muy importante en la vida institucional y democrática de la Nación; tanto así que una de sus funciones, quizá la más trascendental, es defender los intereses del Estado y de la sociedad.

En la práctica histórica esa función del Ministerio Público, ha sido limitada a defender los intereses del gobierno y de los gobernantes, bajo la denuncia de existir una ruptura entre los intereses de éstos y la ciudadanía.

En términos generales puede decirse que la Fiscalía General de la República tiene como carga principal: Garantizar el Estado de Derecho; bajo la premisa que la Constitución de la República es la norma principal y primaria, cuya inobservancia, vuelve nulo al Estado de Derecho.

Otra importancia del Ministerio Público es la carga que tiene de sopesar (equilibrar) entre el estricto cumplimiento de la norma escrita y las necesidades y exigencias sociales, precisamente por su situación de representante de los intereses del Estado y de la sociedad.

El tratadista español Luís Ribó Durán, define al Ministerio Fiscal de la siguiente manera:

***"Tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, realizándolo ya de oficio, ya a petición de los interesados. El Ministerio fiscal ha de velar por la independencia de los tribunales y ha de procurar ante éstos la satisfacción del interés social. Ejerce sus funciones por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los principios de legalidad y de imparcialidad."***<sup>42</sup>

Adolfo Posada, citado por Manuel Ossorio, definiendo al Estado, dice que ***"Es una organización social constituida en un territorio propio, con fuerza para mantenerse en él e imponer dentro de él un poder supremo de ordenación y de imperio."***<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> Ribó Durán, Luís. Diccionario de Derecho. BOSCH, Casa Editorial S. A. Desarrollo Informático por PUNTO Y COMA S. A.

<sup>43</sup> Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. 26ª Edición. 1999 Editorial Heliasta SRL. Pág. 400.

Por sociedad hay que entender, el grupo de personas, que adoptando la forma de pueblo, se rigen por la autoridad de imperio de un Estado específico y del cual son parte integral.

Según la enciclopedia Encarta ***"Constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo que le corresponde. Esta idea tan genérica cobra expresión en dos tipos de justicia reconocidos: la conmutativa, trasunto del principio de reciprocidad, que exige dar en contraprestación otro tanto de aquello que se ha recibido como prestación de forma proporcional, y la distributiva, concepto más amplio, que hace referencia a la solidaridad con los más débiles de la sociedad, a cuyo fin se procurará una cierta redistribución de cargas y ventajas de acuerdo a sus necesidades con el objeto de paliar y suprimir las desigualdades que son independientes de los méritos y el esfuerzo personal o su contribución social."***<sup>44</sup>

Vamos a entender por interés fiscal a todo aquello que incumbe a la HACIENDA PÚBLICA y respecto de eso el tratadista español, expresa lo siguiente: ***"Es la actividad económica desarrollada por el Estado dirigida al cumplimiento de los fines propios de la comunidad nacional. Dicha actividad se denomina también, con más propiedad, actividad financiera, que lleva siempre implícito el ejercicio del poder o autoridad política. La Hacienda pública, en cuanto órgano estatal, se denomina también Fisco."***<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> Microsoft ® Encarta ® 2007. © 1993-2006 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.

<sup>45</sup> Ribó Durán, Luís. Diccionario de Derecho. BOSCH, Casa Editorial S. A. Desarrollo Informático por PUNTO Y COMA S. A.

La Corte Constitucional de transición, señala que la instrucción fiscal, es la etapa que inicia y desarrolla el representante de la Fiscalía General del Estado, que tiene por objeto la investigación de los elementos de convicción que permitan deducir la existencia del delito, así como las presunciones de participación de los procesados.

Al respecto el maestro Francesco Carnelutti señala que se llama jurisdicción instructoria, **“aquella especie de potestad jurisdiccional que se da al juez a fin de que pueda proveer los medios o sea las razones y las pruebas necesarias para la decisión”**<sup>46</sup>. El tratadista Jorge Clariá Olmedo señala que **“se denomina instrucción a la primera y preparatoria etapa del proceso penal, cumplida por escrito y con limitada intervención de la defensa, con el objetivo de reunir y seleccionar las pruebas sobre el supuesto de hecho imputado, suficiente para realizar el juicio sobre la base de una acusación o evitarlo mediante sobreseimiento”**<sup>47</sup>.

José Antonio Martín y Martín al respecto señalan

**“Puede conceptuarse a la instrucción penal como la fase del proceso penal que pudiendo comprender una diversidad de actuaciones relativas a la constatación del hecho delictivo imputado, mediante la comprobación y averiguación del mismo y al acopio del material para su prueba y relativas también a la adopción de medidas de aseguramiento del resultado del fallo, se inicia ante el ejercicio de la acción penal persecutoria tutelando los derechos**

---

<sup>46</sup> Francesco Carnelutti

<sup>47</sup> Jorge Clariá Olmedo

*individuales que en todo ello resulten afectados, deduciendo en su caso la correspondiente imputación judicial, para tras su conclusión decidirse sobre el sobreseimiento o la apertura del juicio oral”<sup>48</sup>.*

Julio Maier señala *“La introducción (procedimiento preparatorio preliminar) es el período procesal cuya tarea principal consiste en averiguar los rastros-elementos de prueba- que existen acerca de un hecho punible que se afirmó como sucedido, con el fin de lograr la decisión acerca de si se promueve el juicio penal-acusación-o si se clausura la persecución penal-sobreseimiento”<sup>49</sup>.*

Alfredo Vélez Mariconde señala *“La fase eventual y preparatorio del juicio, que cumple un órgano jurisdiccional en virtud de excitación oficial (de la Policía o el Ministerio Público) y en forma limitadamente pública y limitadamente contradictoria, para investigar la verdad acerca de los extremos de la imputación penal y asegurar la presencia del imputado, con el fin (específico) de dar base a la acusación o de terminar el sobreseimiento”<sup>50</sup>.*

La Corte Constitucional antes mencionada, concluye señalando que el objeto de la instrucción fiscal, promovida por el representante de la Fiscalía General del Estado, es el de obtener los elementos de convicción, indicios y

---

<sup>48</sup> José Antonio Martín y Martín

<sup>49</sup> Julio Maier

<sup>50</sup> Vélez Mariconde

presunciones de participación, con la finalidad de demostrar la existencia del delito y sustentar la acusación en caso de haberla.

Como bien lo señala el Dr. Geovanny Fernando Freire Coloma en su tesis de abogacía **“Cierto es que toda innovación de cualquier área de conocimiento, trae aparejado consigo un riesgo que nos puede llevar al fracaso si todas las personas que nos encontramos inmersos en el nuevo sistema, no le damos la importancia y el apoyo necesario para que su aplicación sea correcta, ágil y fundamentalmente la sociedad se sienta satisfecha con el nuevo sistema”**<sup>51</sup>; por lo que hay que recordar que hay diferencias sustanciales entre el sistema inquisitivo y acusatorio, pues el primero tiene por objeto el esclarecimiento de la verdad, mientras que el sistema acusatorio tiene por objeto la observancia de las garantías individuales, como lo señalo más detalladamente en la conclusión del presente artículo.

Como he manifestado reiteradamente, el proceso es una institución destinada a la satisfacción de pretensiones y como bien lo señala el tratadista Jaime Guasp, catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, en su obra Derecho Procesal Civil, **“Esto supone que hay en él (se refiere al proceso) dos grandes tipos de actividad: la formulación de la pretensión y la satisfacción de la misma. La primera es obra de parte y la segunda del órgano jurisdiccional”**<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> Geovanny Fernando Freire Coloma en su tesis de abogacía

<sup>52</sup> Jaime Guasp, catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, en su obra Derecho Procesal Civil



El mismo autor citado señala con razón, que a veces sucede que el Estado, no quiere abandonar a la iniciativa particular la existencia de una pretensión o de una oposición a la misma, sin renunciar tampoco al mecanismo procesal con su característica de dualidad; y por esta razón en algunos casos establece un órgano específico con la misión primordial de interponer pretensiones o de oponerse a ellas ante el órgano jurisdiccional; y en el caso de nuestro ordenamiento jurídico, esta misión se la encarga al Ministerio Público hoy Fiscalía General del Estado.

Como bien lo señala el Dr. Geovanny Fernando Freire Coloma en su tesis de abogacía ***“Cierto es que toda innovación de cualquier área de conocimiento, trae aparejado consigo un riesgo que nos puede llevar al fracaso si todas las personas que nos encontramos inmersos en el nuevo sistema, no le damos la importancia y el apoyo necesario para que su aplicación sea correcta, ágil y fundamentalmente la sociedad se sienta satisfecha con el nuevo sistema”***<sup>53</sup>; por lo que hay que recordar que hay diferencias sustanciales entre el sistema inquisitivo y acusatorio, pues el primero tiene por objeto el esclarecimiento de la verdad, mientras que el sistema acusatorio tiene por objeto la observancia de las garantías individuales.

Y se puede observar que la Fiscalía General del Estado tiene toda la potestad para poder realizar el inicio de cualquier investigación previa pre procesar, pues al respecto el maestro Francesco Carnelutti señala que se llama jurisdicción instructoria, ***“aquella especie de potestad jurisdiccional que se da al juez a fin de que pueda proveer los medios o sea las razones y las pruebas***

---

<sup>53</sup> GEOVANNY Fernando Freire Coloma en su tesis de abogacía

**necesarias para la decisión”<sup>54</sup>**. El tratadista Jorge Clariá Olmedo señala que “se denomina instrucción a la primera y preparatoria etapa del proceso penal”<sup>55</sup>, cumplido por escrito y con limitada intervención de la defensa, con el objetivo de reunir y seleccionar las pruebas sobre el supuesto de hecho imputado, suficiente para realizar el juicio sobre la base de una acusación o evitarlo mediante sobreseimiento.

José Antonio Martín y Martín al respecto señala **“Puede conceptuarse a la instrucción penal como la fase del proceso penal que pudiendo comprender una diversidad de actuaciones relativas a la constatación del hecho delictivo imputado, mediante la comprobación y averiguación del mismo y al acopio del material para su prueba y relativas también a la adopción de medidas de aseguramiento del resultado del fallo, se inicia ante el ejercicio de la acción penal persecutoria tutelando los derechos individuales que en todo ello resulten afectados, deduciendo en su caso la correspondiente imputación judicial, para tras su conclusión decidirse sobre el sobreseimiento o la apertura del juicio oral”<sup>56</sup>**.

Julio Maier señala *“La introducción (procedimiento preparatorio preliminar) es el período procesal cuya tarea principal consiste en averiguar los rastros-elementos de prueba- que existen acerca de un hecho punible que se afirmó como sucedido, con el fin de lograr la decisión acerca de si se promueve el juicio penal-acusación-o si se clausura la persecución penal-sobreseimiento”*.

---

<sup>54</sup> FRANCESCO Carnelutti

<sup>55</sup> JORGE Clariá Olmedo

<sup>56</sup> JOSÉ Antonio Martín y Martín

Como podemos observar este tratadista reconoce el procedimiento preparatorio preliminar, cuyo tema consiste en realizar averiguaciones por parte de la fiscalía acerca de un hecho punitivo, sin diferencial el hecho que se establece como delito.

#### **4.2.2. PECULADO.**

El delito de peculado fue conocido y tipificado desde la antigüedad. El Código de Manú castigaba con la pena de muerte a quien sustraía tesoro público. Los Romanos le dieron un tratamiento jurídico bastante técnico, aunque al comienzo lo confundieron con el delito denominado, que era el hurto de bienes que pertenecía a los dioses, porque los bienes divinos y estatales, jurídicamente, no se distinguían, si no solo por su uso o función.

Es así que según Cicerón, **“peculatus”, se inifica:” peculado, robo del dinero público o del príncipe”<sup>57</sup>.**

El peculado desde su origen fue referido al hurto según Cicerón, también al robo el dinero del Estado, del príncipe o del emperador porque, en la antigüedad se confundía los recursos públicos con los del Estado.

En roma el delito de peculado consistía en el hurto del bienes del Estado en muchas veces se los designo con la expresión “furtum pecuniae y publicae” para distinguirlo del hurto de bienes privados de otros. **“Llamábase *peculatus* al hurto de cosas muebles pertenecientes al Estado; y se daba ese**

---

<sup>57</sup> CICERÓN, Roma.

***nombre, porque antes que se empezará hacer uso del dinero los bienes muebles que ocupaban el primer rango entre los comunes o públicos eran los animales destinados al sacrificio, y por eso el hurto de los mismo era el que ocupaba el primer lugar entre los de su clase***<sup>58</sup>.

***“En el primitivo derecho romano, la sustracción del dinero público se consideró digna de castigo a causa de la cosa sustraída, que se tenía por sagrada y por esto los reos de peculado fueron colocados en compañía de los sacrílegos. en cambio, en el derecho cesáreo predomino el criterio de la traición a la confianza y de la facilidad para delinquir, y de ahí nacieron las divergencias cuando el derecho cesáreo empezó a deducir de la traición a la confianza el criterio contra los reos de peculado, aquellas dos proporciones cambiaron naturalmente de sentido y se estableció: 1(que también las cosas de los ciudades y de toda administración publica eran sujeto pasivo del peculado;2(que la mayor severidad de las leyes penales debían reservarse contra los que se apoderaban del dinero público, abusando del cargo que les fue conferido***<sup>59</sup>.

Este tipo penal estuvo constituido por los elementos siguientes: contactos o manoseo de cosa mueble, propósito de enriquecimiento ilícito y daño causado a la comunidad, los romanos clasificaban el peculado en estatal, municipal, y pecuniae reciduae.

---

<sup>58</sup> MOMMSEN, Teodoro: Derecho Penal Romano.- Traducción del Alemán al Español de P. Dorado.- Edit. Temis, Bogotá, 1976, pág. 472

<sup>59</sup> CERRARA, Francisco: Programa de Derecho Criminal, Volumen III.- Tercera edición.- Edit. Temis, Bogotá, 1974, pág. 9 y 10

Es así que la definición legal de peculado se encuentra en el código penal de cada país, y en nuestro caso en el Código Orgánico Integral Penal, pero los tratadistas también lo han definido desde su particular punto de vista , como resultado de su investigación, en este acápite transcribimos las definiciones dados por varios de ellos a fin de que el lector de esta investigación tenga un conocimiento completo de este delito;

Es así que para Carrara el peculado es la **“Apropiación de cosas publicas cometida por una persona investida de algún cargo público, a lo cual, precisamente en razón de este, le fueron entregadas, con la obligación de conservarlas y devolverlas las cosas que se apropió”**<sup>60</sup>.

Maggiore nos enseña que **“Peculado ES LA APROPIACION DE DINEROS O 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 cargo está en posesión de sus bienes”**<sup>61</sup>.

Carlos Molina Arrubia nos dice: *“En un sentido más jurídico y ya por referencia de la época actual, por peculado se entiende, genéricamente la indirecta aplicación de las cosas o efectos confiados aun funcionario que tenía el encargo de darles un fin previamente convenido o establecido”*<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> CERRARA, Francisco: Programa de Derecho Criminal, Volumen III.- Tercera edición.- Edit. Temis, Bogotá, 1974, pág. 11 y 12

<sup>61</sup> MAGGIORE, Giuseppe: Derecho Penal, tomo III, Editorial Temis, Bogotá, 1955. 160 y 161.

<sup>62</sup> MOLINA ARRUBIA, Carlos: Delito Contra la Administración Publica.- Edit. Dike, Medellín. 1995, pág. 38

El ex presidente de nuestra Corte Suprema de Justicia, Dor. Walter Guerrero Vivanco, siguiendo el pensamiento histórico, y jurisprudencial define al peculado así: **No hay duda, la figura que se conoce con el nombre de peculado desde el tiempo de Derecho Romano, es decir, desde hace dos mil años antes de nuestro días, significa sustracción o hurto de dineros públicos inclusive, la jurisprudencia de la corte suprema de Justicia ratifica este criterio: el peculado es la sustracción o apropiación indebida de fondos públicos por aquel a quien está confiada la custodia o administración**<sup>63</sup>.

Para Escriche es ***“La sustracción de caudales del ario público, hecha por las mismas personas que lo manejan”***<sup>64</sup>

Para Cabanellas el peculado es: ***“La sustracción, apropiación o aplicación indebida de los fondos públicos por aquel a quien está confiada su custodia o administración”***<sup>65</sup>.

Nuestra corte Suprema de Justicia lo ha definido así: ***“el peculado s la sustracción o apropiación de fondos públicos por aquel a quien está confiada su administración”***<sup>66</sup>.

***“El delito de peculado implica actuación consiente y voluntaria para disponer arbitrariamente y dolosamente de fondos o bienes***

---

<sup>63</sup> GUERRERO VIVANCO, Walter: Violacion Constitucional y Nulidad Procesal (Caso Dahik), Edit. Señal, Quito, 1996, pág. 104

<sup>64</sup> ESCRICHE, Joaquín: Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia.- Edit. Fondo de Cultura Ecuatoriano, Tomo IV, Cuenca, 1987, pág. 520.

<sup>65</sup> CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo VI, pág. 172.

<sup>66</sup> Gaceta Judicial Serie XIV, N° 5, pág. 1093.

***públicos apropiándose o permitiendo que otro se apropie, o para usar en beneficio propio o de un tercero, algún bien que el servidor público tiene en su poder o bajo su control de su cargo”<sup>67</sup>***

Pues es así que para nosotros hemos visto que su esencia típica radica en la sustracción o apropiación de cosas publicas, en provecho propio o ajeno, por aquel a quien está confiada su custodia o administración

Para poder argumentar este trabajo de investigación debemos hablar sobre el peculado propio y es aquel en el que la autoridad, el servidor el funcionario público con ánimo de lucro sustrae o consiente que un tercero, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos que están a su cargo por razones de sus funciones; si destina el uso ajeno de su función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones y, también, si con ánimo de lucro, propio o ajeno y con grave perjuicio para la causa publica de una aplicación privada de a bien mueble o inmueble perteneciente a cualquier Administración o entidad del Estado.

Es así que para Zavala Baquerizo definió que peculado es

***“propio por cuanto solo puede ser cometido por ciertas personas  
“los servidores de los organismos y entidades del sector público y  
toda persona encargada de un servicio público” y es por eso que,  
desde el punto de vista subjetivo a esta especie de peculado se lo***

---

<sup>67</sup> Sentencia de la Primera Sala de lo Penal en la Corte Suprema de Justicia publicada en el Registro Oficial N° 178 DEL 26 DE Septiembre del 2003.

***denomina propio, desde el punto de vista objetivo, el peculado es propio en cuanto se refiere a los bienes de la administración pública en su sentido más lato, esto es, abarcando todas las funciones de las mismas y todos los órganos que le integran”<sup>68</sup>***

es así que también tenemos k hablar del peculado impropio, pues el mismo doctor Jorge Zabaleta Baquerizo manifiesta que se denomina peculado impropio” desde el punto de vista subjetivo aquel que tiene como agente a otras personas distintas a las enumeradas anteriormente:

***“Los servidores que manejan fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los Bancos estatales y privados”, pues tal extensión subjetiva desvirtúa la esencia del tipo de delito, la cual propiamente solo se encuentra limitado a ser cometido por funcionarios públicos y empleado de la administración pública, ya que este es el bien jurídico protegido y es impropio desde el punto de vista objetivo cuando comprende a bienes que no son realmente de la administración, pero que deben ser especialmente amparados por referirse a una gran mayoría de la comunidad. Tal es el caso de los bancos privados del instituto de seguridad social, etc.”<sup>69</sup>***

Así también lo establecen algunos de los tratadistas, es así que comenzamos con la doctrina española que lo denomina ***"malversación de caudales***

---

<sup>68</sup> ZAVALETA BAQUERIZO. Dr. Jorge: Alegatos Penales, Tomo I, 1981, págs. 232 y 233

<sup>69</sup> ZAVALETA BAQUERIZO. Dr. Jorge: Alegatos Penales, Tomo I, 1981, págs. 232 y 233



***públicos" pues, aduce que el término cubre genéricamente las distintas modalidades que el delito comprende. Los autores italianos, a su vez, usan el vocablo "peculado", derivación del derecho romano que definió el delito como "pecuniae aut sacre fortum" y matizan una diferencia entre peculado y malversación, al designar por esta última la modalidad que recae sobre objetos que no son de pertenencia pública”<sup>70</sup>***

Opinamos que resulta más adecuada la denominación de malversación, que al tenor de la tónica seguida en la doctrina española, se ajusta, etimológicamente, a las diversas formas que puede presentar el ilícito, que comprende tipos penales en los que no existe apropiación de los fondos públicos, sino uso indebido o aplicación a fines diversos de los previstos.

Ase también para Jimenez Huerta, En su libro La Tipicidad. Establece que ***“El legislador construye los tipos delictivos en virtud de un proceso lógico de generalización, tomando algunas notas comunes a una serie de hechos reales, diferentes en muchas otras circunstancias. Este proceso lógico de generalización va precedido de un juicio de valoración de las conductas humanas en relación con las normas y fines del derecho”<sup>71</sup>***

Este tratadista reconoce los tipos delictivos en virtud de un proceso lógico asiendo así que el peculado sea un delito hacia el estado propiamente dicho reconociendo que al cometerse es potestad de la fiscalía el dar inicio a la investigación.

---

<sup>70</sup> MAGGIORE. Giuseppe. Derecho Penal. Parte Especial. Vol. III. Editorial Temis. Bogotá, 1955, pág. 167

<sup>71</sup> JIMENEZ HUERTA, Mariano. La Tipicidad. Editorial Porrúa, S.A, México, D.F. 1955. pág. 45.

#### 4.2.3. ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

En este breve trabajo, se pretende solamente, dar a conocer las opiniones de algunos autores sobre el enriquecimiento ilícito es así que para Ernesto Sábato menciona que: ***"Miles de hombres se desviven trabajando, cuando pueden, acumulando amarguras y desilusiones, logrando apenas sostenerse un día más en la precaria situación mientras casi no hay individuo que tras su paso por el poder no haya cambiado, en apenas meses un modesto departamentito por una lujosa mansión con entrada para fabulosos autos.¿cómo no les da vergüenza?..."***<sup>72</sup>

A juicio de ABANTO VASQUEZ, si se dice que el tipo penal de enriquecimiento ilícito tiene carácter subsidiario ***"cedería ante otros delitos contra la administración pública es lógicamente innecesario demostrar en concreto el origen ilícito (punible o no) del enriquecimiento"***<sup>73</sup>. Decir que solamente sería aplicable cuando se tratase de incrementos patrimoniales provenientes de un "cohecho" o cualquier otro delito contra la administración pública, estaría presuponiendo la no aplicación del "enriquecimiento ilícito" sino de las otras figuras delictivas. Pero además, si se admitiera la total autonomía del tipo de enriquecimiento ilícito, se atentaría contra el principio de ne bis in idem, ya que se sancionaría más de una vez a la misma persona por el mismo delito cometido, "una vez por delito de 'enriquecimiento ilícito', y otra por el delito principal contra la administración pública"

---

<sup>72</sup> Ernesto Sábato (La resistencia)

<sup>73</sup> Ver ABANTO VASQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el CP peruano. Palestra, Lima, 2001, pp. 484-486.

En sentido contrario se ha pronunciado GALVEZ VILLEGAS, quien afirma que **“en nuestra legislación no existe razón alguna para sostener que éste sea un tipo subsidiario, así las interpretaciones en tal sentido se deberían más a que muchos de los autores nacionales habrían asumido opiniones propias de doctrinas extranjeras sin haber constatado las diferencias estructurales con la legislación nacional”**<sup>74</sup>. De esta manera, a su entender debe admitirse la posibilidad de concurso ideal entre el enriquecimiento ilícito y otros delitos que se estructuren a partir de elementos objetivos como recibir, aceptar, etc., bienes o ventajas patrimoniales, o apropiarse de bienes o derechos.

Frente a esta disyuntiva, debería consignarse expresamente en el tipo penal de enriquecimiento ilícito su carácter subsidiario y establecerse una pena necesariamente menor que la de otros delitos, como el cohecho o el peculado, que ya implican la lesión del bien protegido.

---

<sup>74</sup> GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Delito de enriquecimiento ilícito. Idemsa, Lima, 2001, p. 188.

### 4.3. MARCO JURÍDICO

Cuando nos referimos al marco jurídico nos estamos refiriendo a las normas aplicables con el tema propuesto, en el caso de esta investigación nos referiremos a las Constitución de la República del Ecuador, El Código Orgánico Integral Penal, El Código Orgánico de la Función Judicial, Ordenanzas

#### 4.3.1. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

La Constitución de la República del Ecuador que fue expedida el 20 de octubre del 2008, exalta los derechos de las personas y establece una normativa que da potestades para sancionar a quien incumpliera la norma, pero se ve muy claramente que se bumerán estos derechos y garantías en un cuerpo legal distinto ha este, al no permite que la Fiscalía General del Estado de inicia a la investigación previa en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, por lo expuesto se cree conveniente plantear una norma que permita a esta institución realizar como es de ser la investigación ya sea de parte o de oficio, es así que el artículo. 66 establece que reconoce y garantizará a las personas: y de esta manera en su numeral 23. Determina que *“El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas. No se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo”*.<sup>75</sup> Dando así la potestad para presentar quejas o peticiones reconociendo el derecho que todos los ciudadanos tenemos, y que mas si son los bienes estatales.

---

<sup>75</sup> Constitución de la República del Ecuador, Capitulo Sexto de los derechos de libertad, Artículo. 66

Hay que tomar muy en consideración que nuestra Carta Magna en su Capítulo Sexto que trata de los derechos de la libertad de las personas, menciona muy claramente que todos tenemos el derecho de dirigir nuestras quejas y peticiones individuales, recibiendo así de las autoridades una respuesta motivada con fundamentos en la norma vigente, pero no hay que dejar de lado que esto debe estar prescrito dentro de estas para ser sancionado, si bien se conoce que nadie puede ser sancionado si no existe una norma que establezca su sanción, sabiendo que la Constitución es una norma garantista de derechos

Ahora bien tomando en consideración los derechos de las personas que actúan dentro del proceso y establecemos que la misma Carta Magna en su articulado expresa estas garantías básicas, teniendo una justicia gratuita y sin dejar en indefensión a ninguna de las partes, sin vulnerar sus derechos y garantías y permitiendo así a la Fiscalía General del Estado el inicio de cualquier investigación pre procesal, pues es así que el artículo 75.- expresa textualmente lo siguiente “**...Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley...**”<sup>76</sup>

Pues nuestra carta magna en el capítulo octavo de los Derechos de Protección, expresa como se lo vio anteriormente que todos tenemos derecho al acceso gratuito y a la justicia efectiva, haciendo que no se vulneren nuestros derechos constitucionales y dándole así una normativa para hacerlos acatar, pero que

---

<sup>76</sup> Constitución de la República del Ecuador, Capítulo Octavo de los Derechos de Protección, Artículo. 75

sucede si esta norma se vulneran por no dejar que la Fiscalía de oficio comience una investigación, se estaría vulnerando dicho derecho, de que sirve tener el acceso gratuito a la justicia si no se puede dar inicio a la investigación para poder resarcir los daños y retener al infractor, es por ello que he visto conveniente expresar textualmente el artículo 76 pues establece 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, y es así que el numeral cuarto expresa el *“derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”*, y así también el numeral seis que nos dice ***“El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones”***.<sup>77</sup>

Como podemos observar la constitución atribuye a las personas el derecho a dirigir quejas y peticiones y que los órganos del estado den cumplimiento a estas, no establece un previo informe de algún órgano del estado para dar inicio a la investigación pre procesal, ayudando así a la Fiscalía en sus potestades, pero no dejemos de lado lo que este cuerpo legal establece en su Título IV de la participación y organización del poder, Capítulo IV de la función judicial y justicia indígena, Sección X de la Fiscalía General Del Estado en sus artículos 194, 195, 196 y 197 que da las atribuciones a la Fiscalía General del Estado, y es así que estos Articulos expresan lo siguiente lo siguiente:

***“Art. 194.- La Fiscalía General del Estado es un órgano autónomo de la Función Judicial, único e indivisible, funcionará de forma desconcentrada y tendrá autonomía administrativa, económica y financiera. La Fiscal o el***

---

<sup>77</sup> Constitución de la República del Ecuador, Capitulo Octavo de los Derechos de Protección, Artículo. 76

***Fiscal General es su máxima autoridad y representante legal y actuará con sujeción a los principios constitucionales, derechos y garantías del debido proceso.***

***Art. 195.- La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.***

***Para cumplir sus funciones, la Fiscalía organizará y dirigirá un sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, que incluirá un personal de investigación civil y policial; dirigirá el sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes en el proceso penal; y, cumplirá con las demás atribuciones establecidas en la ley.***

***Art. 196.- La Fiscal o el Fiscal General del Estado reunirá los siguientes requisitos:***

- 1. Ser ecuatoriana o ecuatoriano y estar en goce de los derechos políticos.***
- 2. Tener título de tercer nivel en Derecho legalmente reconocido en el país y conocimientos en gestión administrativa.***

**3. Haber ejercido con idoneidad y probidad notorias la profesión de abogada o abogado, la judicatura o la docencia universitaria en materia penal por un lapso mínimo de diez años.**

**La Fiscal o el Fiscal General del Estado desempeñarán sus funciones durante seis años y no podrá ser reelegido; rendirá un informe anual a la Asamblea Nacional. La designación se realizará de acuerdo con el procedimiento establecido en la Constitución y en la ley.**

**Art. 197.- Se reconoce y garantiza la carrera fiscal, cuyas regulaciones se determinarán en la ley.**

**La profesionalización con base en la formación continua, así como la evaluación periódica de sus servidoras y servidores, serán condiciones indispensables para la promoción y permanencia en la carrera fiscal...<sup>78</sup>**

Por lo expuesto la misión de la Fiscalía, es la representación social que actúa en defensa del interés público, de las personas y por la seguridad ciudadana, velando por la correcta aplicación de la ley, pero como señalaré más adelante, sometidos a los principios de oportunidad, mínima intervención penal y objetividad.

Además la Fiscalía tiene control sobre la Policía Judicial, siendo su deber primordial, promover y ejercitar la acción penal por delitos de acción pública y para esto debe dirigir a la Policía Judicial, por esta razón tiene un papel

---

<sup>78</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Título IV Participación Y Organización Del Poder, Capítulo IV Función Judicial Y Justicia Indígena, Sección X Fiscalía General Del Estado, Artículos 194, 195, 196, 197.



preponderante dentro del nuevo sistema penal acusatorio, porque hoy el Fiscal investiga y el juez controla, porque éste último es de garantías.

#### **4.3.2. CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL**

El 10 de agosto de 2014, Ecuador amaneció con una nueva ley penal que trajo consigo cambios sustanciales a la normativa anterior, como la reducción de sanciones para el tráfico de drogas, la acumulación de penas hasta por 40 años y la creación de nuevos tipos de delitos.

Es así que este Código en su artículo uno menciona que tiene como finalidad normar el poder punitivo del Estado, tipificar las infracciones penales, establecer el procedimiento para el juzgamiento de las personas con estricta observancia del debido proceso, promover la rehabilitación social de las personas sentenciadas y la reparación integral de las víctimas.

Es así que en su Libro Primero la infracción penal, título IV infracciones en particular, en el capítulo quinto delitos contra la responsabilidad ciudadana de la sección tercera delitos contra la eficiencia de la administración pública, artículo 278 establece lo que es el Peculado que textualmente lo exponemos a continuación:

***“Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, en beneficio***

*propio o de terceros; abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años.*

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

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

*Son responsables de peculado las o los funcionarios o servidores públicos, las o los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del Sistema Financiero Nacional que realicen actividades de intermediación financiera, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración y vigilancia de estas entidades, que con abuso de las funciones propias de su cargo: a) dispongan fraudulentamente,*

*se apropien o distraigan los fondos, bienes, dineros o efectos privados que los representen; b) hubiesen ejecutado dolosamente operaciones que disminuyan el activo o incrementen el pasivo de la entidad; o, c) dispongan de cualquier manera el congelamiento o 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.*

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

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

*Las o los sentenciados por las conductas previstas en este artículo quedarán incapacitadas o incapacitados de por vida, para el desempeño de todo cargo público, todo cargo en entidad financiera*

***o en entidades de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera”<sup>79</sup>.***

Se reconoce al peculado según este cuerpo legal como la malversación y usufructo de los bienes del estado, así también se reconoce que la persona o servidor público que abuse, se apropie o disponga arbitrariamente de estos bienes se establecerá una pena, dicha investigación tendrá que hacerla la Fiscalía General del Estado.

Así también en el Libro Segundo procedimiento, título II acción penal, capítulo primero ejercicio de la acción penal en su artículo 410 de la Ejercicio de la acción establece que: ***“El ejercicio de la acción penal es público y privado. El ejercicio público de la acción corresponde a la Fiscalía, sin necesidad de denuncia previa. El ejercicio privado de la acción penal corresponde únicamente a la víctima, mediante querrela”<sup>80</sup>.***

Y en la misma forma el artículo 411 de los Titularidad de la acción penal pública establece que ***“La Fiscalía, ejercerá la acción penal pública cuando tenga los elementos de convicción suficientes sobre la existencia de la infracción y de la responsabilidad de la persona procesada. La o el fiscal podrá abstenerse de ejercer la acción penal, cuando:***

***1. Se pueda aplicar el principio de oportunidad.***

---

<sup>79</sup> CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, Libro Primero la infracción penal, título IV infracciones en particular/capítulo quinto delitos contra la responsabilidad ciudadana/sección tercera delitos contra la eficiencia de la administración pública, artículo 278

<sup>80</sup> CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL Libro Segundo procedimiento, título II acción penal, capítulo primero ejercicio de la acción penal, artículo 410

**2. Se presente una causal de prejudicialidad, procedibilidad o cuestiones previas<sup>81</sup>.**

Se reconoce que el ejercicio público de la acción corresponde a la Fiscalía, si la necesidad de la denuncia privada, esta ejercerá la acción penal publica cuando tenga los elementos de convicción. Es así que se le atribuye a esta institución la capacidad de seguir una acción por cualquier delito, pero que sucede cuando el mismo cuerpo legal establece trabas vulnerando los derechos y garantías, que tienen los fiscales para iniciar una investigación pre procesal.

Es así que el artículo 255.- de la Responsabilidad política.- (Reformado por el Art. 8 de la Ley s/n, R.O. 490-2S, 13-VII-2011).- expresa que *“Las vocales y los vocales del Consejo de la Judicatura podrán ser sometidos a juicio político por las siguientes causales, además de las determinadas por la Constitución y la ley:*

- 1. Intromisión en el ejercicio de las competencias propias de los jueces y juezas, fiscales y defensoras y defensores que violen su independencia judicial interna.*
- 2. Comisión de los delitos de concusión, cohecho, peculado y enriquecimiento ilícito, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil y penal. No será necesario enjuiciamiento administrativo, civil o penal para iniciar el juicio político.*
- 3. Manifiesta inoperancia en el cumplimiento de sus funciones”.*

---

<sup>81</sup> CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL Libro Segundo procedimiento, título II acción penal, capítulo primero ejercicio de la acción penal, artículo 411

Como se puede observar este cuerpo legal establece la sanción para los vocales del Consejo de la Judicatura, y entre ellos tenemos en su numeral dos delitos por los que son sancionados y es aquí que establece sanción al peculado y el enriquecimiento ilícito, para estos servidores, dando de una u otra forma la potestad a la fiscalía para comenzar una indagación procesal y pre procesal penal, por no establece la presentación de un informe anticipado del inicio de esta investigación por parte de la Contraloría General del Estado, vulnerando derecho de petición y garantías Constitucionales.

#### **4.3.3. EL CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL**

La Asamblea Legislativa y de Fiscalización, que cumple el papel de Parlamento, aprobó el Código Orgánico de la Función Judicial, y establece su estructura, atribuciones y deberes.

La normativa introduce "cambios profundos" en la estructura de la Función Judicial y busca hacer efectivos los derechos de las personas en la sustanciación de los procesos.

Y si observamos el artículo 38 de la Conformación de la Función Judicial que Integran la Función Judicial y se denominan, en general, servidores de la Función Judicial, y es aquí que el mismo cuerpo legal en su numeral dos establece ***“La Fiscal o el Fiscal General del Estado, la Defensora o Defensor Público General, y los demás servidoras y servidores de la Función Judicial que prestan sus servicios en la Fiscalía General del***

**Estado y en la Defensoría Pública**<sup>82</sup>, dándole todas las potestades a la Fiscalía para que pueda actuar dentro de cualquier proceso penal ya sea de parte o de oficio.

*Es así que en el Capítulo en sus artículos 281, 282, 283 y 284. Establece la naturaleza, funciones, elecciones y competencias de la Fiscalía General Del Estado, establecen que:*

*“Art. 281 Naturaleza jurídica.- La Fiscalía General del Estado es un organismo autónomo de la Función Judicial, con autonomía económica, financiera y administrativa. Tiene su sede en la capital de la República.*

*Art. 282.- Funciones de la Fiscalía General del Estado.- A la Fiscalía General del Estado le corresponde:*

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

---

<sup>82</sup> CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, Título II CARRERAS DE LA FUNCIÓN JUDICIAL / Capítulo I DIRECTRICES DE LAS CARRERAS DE LA FUNCIÓN JUDICIAL/Sección I DIRECTRICESA, artículo 38.- Conformación de la Función Judicial.

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

La principal función de los fiscales, es *"velar porque se cumpla la ley en interés de toda la sociedad"*. El documento recuerda que *"cuando el fiscal actúa ante los tribunales no está representando el interés de una persona concreta, sino el*



*de toda la sociedad a quien preocupa que la ley se cumpla".* En definitiva, el representante del Ministerio Público debe perseguir los delitos de oficio.

Una de las funciones más relevantes del Ministerio Fiscal es su intervención a lo largo de todo el proceso penal, tanto en defensa de la legalidad como de los derechos de los ciudadanos, y del interés público. En general, la mayoría de los delitos comienzan a perseguirse a partir de una denuncia de un particular, pero pueden ser investigados tan pronto tenga la Fiscalía conocimiento de los hechos por cualquier medio. Los fiscales también tienen potestad para practicar diligencias con el objetivo de esclarecer los hechos que pueden ser delictivos.

#### 4.4 LEGISLACIÓN COMPARADA

Para fundamentar el trabajo debemos reconocer y estudiar algunas legislaciones en las que si exista una normativa vigente que permita dar inicio a la investigación pre procesal y procesal por parte de la fiscalía en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito.

##### 4.4.1. CÓDIGO PENAL DE LA REPÚBLICA COLOMBIANA

Esta legislación penal contempla en su Título II de la Acción Penal Capítulo I de las Disposiciones Generales en sus artículos 66, 67, 68, 69 y 70 nos habla sobre la Titularidad y obligatoriedad así como también la obligación de denunciar al infractor, en los siguientes términos:

**Artículo 66. *“Titularidad y obligatoriedad. El Estado, por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, está obligado a ejercer la acción penal y a realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito, de oficio o que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o cualquier otro medio, salvo las excepciones contempladas en la Constitución Política y en este código.***

***No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para aplicar el principio de oportunidad regulado dentro del marco de la***

***política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez de control de garantías”<sup>83</sup>.***

***Artículo 67. “Deber de denunciar. Toda persona debe denunciar a la autoridad los delitos de cuya comisión tenga conocimiento y que deban investigarse de oficio.***

***El servidor público que conozca de la comisión de un delito que deba investigarse de oficio, iniciará sin tardanza la investigación si tuviere competencia para ello; en caso contrario, pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento ante la autoridad competente”<sup>84</sup>.***

***Artículo 68. “Exoneración del deber de denunciar. Nadie está obligado a formular denuncia contra sí mismo, contra su cónyuge, compañero o compañera permanente o contra sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o civil, o segundo de afinidad, ni a denunciar cuando medie el secreto profesional”<sup>85</sup>.***

***Artículo 69. “Requisitos de la denuncia, de la querrela o de la petición. La denuncia, querrela o petición se hará verbalmente, o por escrito, o por cualquier medio técnico que permita la identificación del autor, dejando constancia del día y hora de su presentación y contendrá una relación detallada de los hechos que***

---

<sup>83</sup> Código Penal De La República Colombiana, artículo 66

<sup>84</sup> Código Penal De La República Colombiana, artículo 67

<sup>85</sup> Código Penal De La República Colombiana, artículo 68

**conozca el denunciante. Este deberá manifestar, si le consta, que los mismos hechos ya han sido puestos en conocimiento de otro funcionario. Quien la reciba advertirá al denunciante que la falsa denuncia implica responsabilidad penal.**

**En todo caso se inadmitirán las denuncias sin fundamento. (Nota: El aparte señalado en negrilla fue declarado exequible condicionalmente por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1177 de 2005.).**

**La denuncia solo podrá ampliarse por una sola vez a instancia del denunciante, o del funcionario competente, sobre aspectos de importancia para la investigación. (Nota: El aparte señalado en negrilla fue declarado exequible por los cargos analizados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1177 de 2005.).**

**Los escritos anónimos que no suministren evidencias o datos concretos que permitan encauzar la investigación se archivarán por el fiscal correspondiente”<sup>86</sup>.**

**Artículo 70. “Condiciones de procesabilidad. La querrela y la petición especial son condiciones de procesabilidad de la acción penal. Cuando el delito requiera petición especial deberá ser presentada por el Procurador General de la Nación”<sup>87</sup>.**

---

<sup>86</sup> Código Penal De La República Colombiana, artículo 69

<sup>87</sup> Código Penal De La República Colombiana, artículo 66

Tanto el artículo 66, 67, 68, 69 como el 70 establecen que la Fiscalía General de Estado es la única encargada de iniciar la investigación previa así como también dan la potestad a cualquier persona para que presente la denuncia a esta institución con el ánimo que no se vulneren los derechos y garantías lo que en nuestra legislación no se puede observar y no guardan estrecha relación con los artículos 278 y 279 del Código Orgánico Integral Penal, en el cual aparecen como sujeto activo del delito de peculado y enriquecimiento ilícito, y, personas que aun cuando son particulares realizan algún tipo de actividad vinculados a caudales de naturaleza pública, y no da la misma potestad que esta legislación.

#### **4.4.1. CÓDIGO PENAL DE LA REPUBLICA DE PERÚ:**

Esta normativa penal mexicana establece en su Sección I de la Acción Penal en su artículo 1° de la Acción penal mismo que señala lo siguiente: Artículo 1°

“Acción penal.- La acción penal es pública.

1. Su ejercicio en los delitos de persecución pública, corresponde al Ministerio Público. La ejercerá de oficio, a instancia del agraviado por el delito o por cualquier persona, natural o jurídica, mediante acción popular.

2. En los delitos de persecución privada corresponde ejercerla al directamente ofendido por el delito ante el órgano jurisdiccional competente. Se necesita la presentación de querrela.

3. En los delitos que requieren la previa instancia del directamente ofendido por el delito, el ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público está condicionado a la denuncia de la persona autorizada para hacerlo. No obstante ello, el Ministerio público puede solicitar al titular de la instancia la autorización correspondiente.

4. Cuando corresponde la previa autorización del Congreso o de otro órgano público para el ejercicio de la acción penal, se observará el procedimiento previsto por la Ley para dejar expedita la promoción de la acción penal.

Nos hemos podido percatar que los cuatro numerales antes descritos, recopilan los tipos penales, que dan a las Instituciones Públicas, tiene el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, en los artículos que van del 278 al 279. Todas sus formas: peculado doloso, culposo, por error ajeno, de uso distinto al asignado oficialmente, por uso; por apropiación.

#### **4.4.3. CÓDIGO PENAL PANAMEÑA:**

Definición según la legislación penal panameña de 2007: El delito de peculado se encuentra tipificado en el Libro II, del código penal panameño, en el Título X(Delitos Contra la Administración Pública), en su Capítulo I (Diferentes Formas de Peculado), en los artículos que van del 338 al 344. Dentro de este contexto legal, se describen las diferentes formas o clases de peculado que maneja la legislación penal panameña; sin embargo, en el artículo 338, el legislador panameño plantea en términos generales en qué consiste esta figura

delictiva, cosa que hace en los siguientes términos: **“El servidor público que sustraiga o malverse de cualquier forma, o consienta que otro se apropie, sustraiga o malverse de cualquier forma dinero, valores o bienes, cuya administración, percepción o custodia le hayan sido confiados por razón de su cargo.....”<sup>88</sup>.**

Si analizamos esta definición legal, podemos advertir que el delito de peculado se reduce principalmente a todas aquellas acciones realizadas por un servidor público, cuya finalidad es apropiarse de los bienes del Estado.

Además, de ser un delito que solamente lo puede realizar un servidor público, éste conlleva a determinar niveles de corrupción en la Administración Pública Estatal.

Por otra parte, esta definición también plantea algo interesante, como el hecho que el delito de peculado no solamente implica apoderarse del dinero sino de cualquier cosa que forme parte del patrimonio estatal.

---

<sup>88</sup> Código Penal Panameña

## 5. MATERIALES Y MÉTODOS

Para la realización del presente trabajo de investigación jurídica, referente a la **“IMPROCEDENCIA DEL INCISO FINAL DEL ARTICULO 581 CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, POR CONTRAPONERSE A LA POTESTAD DEL FISCAL DE INICIAR LA INVESTIGACIÓN DE OFICIO EN LOS DELITOS DE ACCIÓN PÚBLICA”**, utilicé el método científico y dentro de él y como métodos auxiliares se utilizará la inducción que intenta obtener de los casos particulares observados una ley general válida también para los no observados. De esta manera pude analizar el problema como parte principal del estudio lo que nos ayudará a realizar un análisis crítico de los aspectos que lo constituyen y lo rodean.

Apliqué además, algunas referencias históricas para lo cual se hará uso del materialismo histórico lo que permitirá conocer los aspectos que encierran la evolución histórica desde los inicios del universo hasta los actuales momentos, para caracterizar objetivamente el tema planteado con la finalidad de entenderlo como un proceso histórico que aún sigue evolucionando en todos sus aspectos.

En lo referente a las técnicas de investigación, utilice, las siguientes técnicas:

**Lectura científica.**- Para recolectar datos de la bibliografía especializada de una manera objetiva.

**Encuestas.**- Con esta técnica investigativa obtendremos la información mediante un cuestionario de cinco preguntas aplicadas a treinta abogados en



libre ejercicio profesional. La información recogida fue tabulada manualmente para obtener datos estadísticos para verificar la hipótesis planteada.

Con la finalidad de obtener suficiente información que nos permita desarrollar el sumario de la investigación jurídica, utilicé la técnica del fichaje, con fichas bibliográficas, hemerográficas y mnemotécnicas.

Recogida toda la información, procedí a analizarla objetivamente mediante tablas y cuadros estadísticos, para verificar los objetivos e hipótesis y para el planteamiento de las conclusiones y recomendaciones y de la propuesta jurídica de reforma.

## 6. RESULTADOS

### 6.1. PRESENTACIÓN, INTERPRETACIÓN Y ANÁLISIS DE LAS ENCUESTAS

#### Primera Pregunta.

1. ¿Conoce si existe una norma en el Código Orgánico Integral Penal que permita a la Fiscalía General del Estado de oficio inicie la investigación procesal y pre procesal en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito?

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	0	0%
NO	30	100%
<b>TOTAL</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>

**Autor:** Jairo Rene Delgado Guachichulca

**Fuente:** Profesionales Del Derecho



**Análisis:** De las y los 30 profesionales encuestados, ninguna persona que representan el 0% respondió positivamente; mientras que 30 personas que representan el 100%, respondieron que no; es decir que el Código Orgánico Integral Pena no estipula una norma que permita el inicio de la investigación previa para los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, por parte de la Fiscalía General del Estado.

**Interpretación:** Debido a la importancia que tiene el inicio de una investigación previa en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito sin previo informe por la Contraloría General del Estado se cre conveniente una reforma al Código Orgánico Integral Penal con el propósito de dar solución a esta problemática y no dejar en indefensión al estado por no dar la potestad a esta institución para el inicio del mismo.

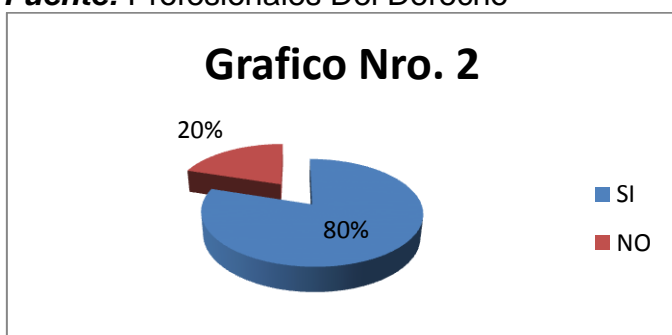
**Segunda Pregunta.**

- ¿Cree usted que se debería incorporar una norma que permita el inicio de la investigación procesal y pre procesal por parte de la Fiscalía General del Estado en todos los delitos?

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	24	80%
NO	6	20%
<b>TOTAL</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>

**Autor:** Jairo Rene Delgado Guachichulca

**Fuente:** Profesionales Del Derecho



**Análisis:** Del universo encuestado el 80 % es decir 24 encuestados respondieron positivamente; y, los 6 encuestados es decir el 20% dicen que no es pertinente.

**Interpretación:** Se está de acuerdo que no existe dentro del Código Organivo Integral Penal una norma que permita a la fiscalía el inicio de la investigación previa en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, por lo tanto es preciso y como lo han podido manifestar la mayoría de encuestados es conveniente la reforma a este cuerpo legal sin establecer trabas para el inicio del mismo.

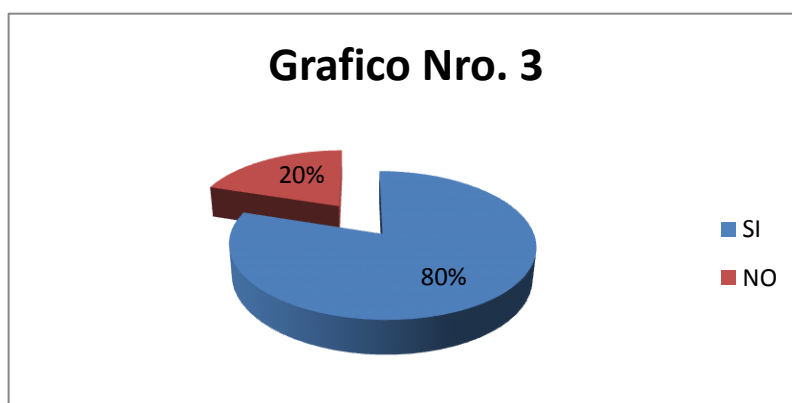
**Tercera Pregunta.**

3. ¿Considera usted que el inicio de la investigación procesal y pre procesal en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito por parte de la Fiscalía General del Estado debe ser de oficio?

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	24	80%
NO	6	20%
<b>TOTAL</b>	<b>30</b>	<b>100%</b>

**Autor:** Jairo Rene Delgado Guachichulca

**Fuente:** Profesionales Del Derecho



**Análisis:** De las y los 30 profesionales encuestados, 24 personas que representan el 80% respondieron positivamente; mientras que 6 personas que representan el 20%, respondieron negativamente

**Interpretación:** Se cree conveniente que la Fiscalía General del Estado sin previo informe por parte de la Contraloría General del Estado de inicio ya sea de parte o de oficio con el ánimo de no dejar en indefensión y que se vulneren derechos de los ciudadanos, así como también las garantías que la Constitución establece para este caso.

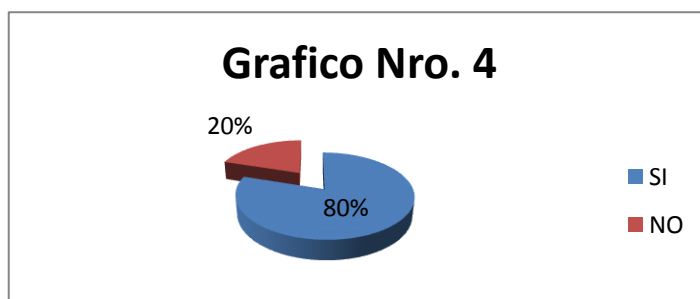
**Cuarta Pregunta.**

4. ¿Considera conveniente que la Contraloría General del Estado presente un informe previo en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, para dar paso a la Fiscalía General del Estado con el inicio de la investigación procesal y pre procesal de los mismos?

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	3	20%
NO	27	80%
<b>TOTAL</b>	30	100%

**Autor:** Jairo Rene Delgado Guachichulca

**Fuente:** Profesionales Del Derecho



**Análisis:** A efecto de análisis contabilizamos los criterios de las personas encuestadas entonces manifestamos que 20% es decir 3 personas han

contestado afirmativamente; mientras que el 80% es decir 27 encuestados respondieron a esta pregunta en forma negativa, con el ánimo de no dejar que la Contraloría General del Estado presente un informe previo al inicio de la investigación previa.

**Interpretación:** como se observa en las encuestas plateadas, los profesionales de derecho mencionan que se debería reformar el inciso final del artículo 581 del Código Orgánico Integral Penal, para que la Contraloría General del Estado no presente ningún informe en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito para poder dar inicio a la investigación previa por parte de la Fiscalía General del Estado

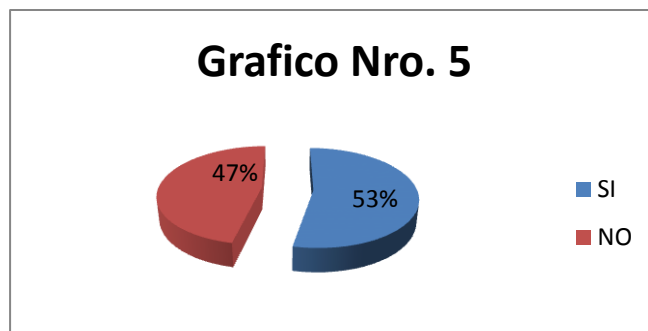
**Quinta Pregunta**

5. ¿Considera que constituiría violación al debido proceso el no dar inicio a una investigación procesal y pre procesal por parte de la Fiscalía General del Estado en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito?

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	16	53.33 %
NO	14	46.66%
TOTAL	30	100%

**Autor:** Jairo Rene Delgado Guachichulca

**Fuente:** Profesionales Del Derecho



**Análisis:** A esta pregunta el 53.33 % de los consultados contesta afirmativamente; mientras que un 46.66 % de los consultados contesta negativamente

**Interpretación:** Se considera que si se vulnera el derecho al debido proceso pues como lo establece el articulo 76 de la Constitución de la República del Ecuador que expresa “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, y de la misma forma el artículo 66 que reconoce y garantiza a las personas en su numeral 23 lo siguiente: El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas. No se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo. Por lo expuesto se ve conveniente reformar el Código Orgánico Integral penal

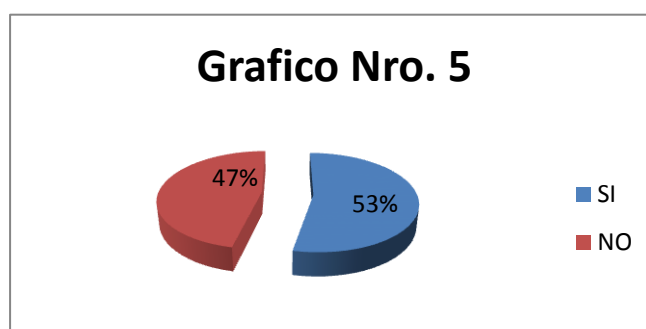
## Sexta Pregunta

6. ¿Cree conveniente la reforma al Código Orgánico Integral Penal para derogar el inciso final del artículo 581 con el ánimo de dar la potestad a la Fiscalía de inicial la investigación procesal y pre procesal en lo delitos de peculado y enriquecimiento ilícito?

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	27	80 %
NO	3	20 %
TOTAL	30	100%

**Autor:** Jairo Rene Delgado Guachichulca

**Fuente:** Profesionales Del Derecho



**Análisis:** A esta pregunta el 80 % de los consultados contesta afirmativamente; mientras que un 20% de los consultados contesta negativamente

**Interpretación:** Se considera que debe existir una reforma al Código Orgánico Integral Penal con el ánimo de dar a la Fiscalía General del Estado, la Potestad de dar inicio a la Investigación procesal o pre procesal en lo delitos de peculado y enriquecimiento ilícitos, para no dejar en indefensión al estado y por ende a la sociedad por ser recursos y bienes estatales.



## **7. DISCUSIÓN**

### **7.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS**

Los objetivos planteados en el proyecto para la realización de esta investigación, lo hemos podido comprobar y analizar, por todos los métodos planteados y en especial por la información teórica y doctrinaria que he desarrollado dentro del mismo trabajo, es así el objetivo general que en nuestro proyecto lo expusimos de esta forma se pudo verificar positivamente, el mismo se refería a:

- Realizar un estudio jurídico, doctrinario y científico, del artículo 581 del Código Orgánico Integral Penal, para establecer una reforma al mismo por contraponerse a los principios y garantías Constitucionales, por no dar la potestad en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito a los fiscales.

Este objetivo ha sido cumplido con el estudio de la legislación ecuatoriana referente al tema y que consta principalmente en la información doctrinaria en general, en el cual con la ayuda de la opinión de diferentes tratadistas, así como con el análisis personal de la normativa legal existente en nuestro país, y como dejar de lado la normativa de los diferentes países que establece una sanción para estos profesionales, tomando en consideración que a ninguna ciudadano se le deje en indefensión y se le vulnere los derechos, por lo expuesto creo conveniente expresar que ha sido posible dar cumplimiento a este objetivo.

En el inicio de mi trabajo de investigación me planteé tres objetivos específicos es así que les daré un análisis a cada uno de ellos para poder verificar si está o no de acuerdo al trabajo realizado:

Como primer objetivo específico tenemos

Investigar el marco teórico y legal relacionado con los delitos de acción pública, para poder determinar una reforma dentro del Código Orgánico Integral Penal

Como hemos podido observar en el desarrollo del presente trabajo, se puede verificar el presente objetivo ya que al analizar los marcos se llega a ver muy claramente que se debe presentar un informe previo por parte de la Contraloría General del Estado para que la Fiscalía pueda dar inicio a la investigación previa vulnerando derechos y garantías Constitucionales

El segundo objetivo se pudo analizar de la siguiente forma;

Realizar un estudio jurídico doctrinario a efecto de prever una reforma al Código Orgánico Integral Penal por contraponerse a la potestad del fiscal, de iniciar la investigación de oficio en los delitos de acción pública.

Se puede verificar este objetivo, al observar que no existe legalidad dentro de nuestro Código Orgánico Integral Penal por motivo que en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito no permite que la Fiscalía General Del Estado inicie la investigación previa correspondiente como lo hace en cualquier otro delito que no sean estos.

El tercer objetivo específico se pudo comprobar de la siguiente forma:

Presentar un consenso o consensuación entre el Código Orgánico Integral Penal y la potestad que tienen los fiscales para iniciar una investigación pre procesal o instruida penal por los delitos cometidos en contra del estado sin distinción alguna, de tal forma que no exista una Litis trabada por previo informe de la Contraloría General del Estado que en su debido momento debió ser puestas en consideración de las partes pertinentes.

Como se puede deducir de mi trabajo investigativo, estos han sido cumplidos a cabalidad tanto en el desarrollo de los capítulos con contenido teórico como con la investigación de campo, y el poder establecer una reforma al Código Orgánico Integral Penal para poder establecer el inicio de la investigación previa por parte de la Fiscalía General del Estado sin vulnerar derechos y garantías constitucionales.

## **7.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS**

Al iniciar mi trabajo de investigación, me propuse la siguiente hipótesis:

Con el propósito de establecer una reforma al Código Orgánico Integral Penal en su artículo 581, para que guarde armonía al momento de otorgar la facultad a los fiscales en los delitos de índole que e refieran al delito de peculado o en su defecto de al enriquecimiento ilícito, sin la necesidad de previo informe por parte de la Contraloría General del

Estado, y poder dar así inicio a la investigación pre procesal en todos los delitos que ameritan de una manera directa sean aplicados como lo manda este tipo de quebrantamientos judiciales.

Al concluir el trabajo investigativo realizado, puedo corroborar que esta hipótesis es positiva; lo cual se puede comprobar con la información teórica aportada, y con la investigación de campo. Por lo que puedo expresar que en efecto se debe crear una norma que permita dar inicio a la investigación previa por parte de la Fiscalía General del Estado sin previo informe de la Contraloría General del Estado

### **7.3. FUNDAMENTACIÓN JURIDICA DE LA PROPUESTA DE REFORMA**

La propuesta de reforma jurídica que planteamos se fundamenta en la Constitución de la Republica del Ecuador en su artículo. 66 establece que reconoce y garantizará a las personas: y de esta manera en su numeral 23. Determina el derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas, así como también en el artículo 76 pues establece 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, y es así que el numeral cuarto expresa el “derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación”, y así también el numeral seis que nos dice “El derecho a opinar y expresar su pensamiento libremente y en todas sus formas y manifestaciones”. Y por que dejar de lado lo que expresa nuestra Carta Magna en su artículo 94 de la Fiscalía General del Estado, el cual nos dice que es un órgano autónomo de la Función Judicial, único e indivisible, funcionará de forma desconcentrada y tendrá autonomía administrativa, económica y financiera. La Fiscal o el Fiscal General es su máxima autoridad y representante legal y actuará con sujeción a los principios constitucionales, derechos y garantías del debido proceso, y en la misma forma el articulo 195 en el cual expresa que la Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación pre procesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a

los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.

Para cumplir sus funciones, la Fiscalía organizará y dirigirá un sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, que incluirá un personal de investigación civil y policial; dirigirá el sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes en el proceso penal; y, cumplirá con las demás atribuciones establecidas en la ley.

Estableciendo esto creo conveniente la reforma de nuestro Código Orgánico Integral Penal para dar la potestad a la Fiscalía General del Estado para que de inicio a la investigación pre procesal y procesal penal en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito:

## 8. CONCLUSIONES

- **PRIMERA.-** Se considera al Derecho Penal como mecanismo de control social, estableciendo normas que sancionen al infractor, y reconozcan los derechos de las partes dentro del proceso, y dando así la potestad a la Fiscalía General del Estado para iniciar la investigación ya sea de parte o de oficio y reconocer los derechos de los ciudadanos.
- **SEGUNDA.-** Por el hecho de no existir en el Código Orgánico Integral Penal, la equiparación de la norma para la potestad de los fiscales en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícitos se concluye que debe existir una normativa que lo prevea y no vulnere derechos Constitucionales.
- **TERCERA.-** Consideramos necesario y compartimos el criterio de varios pensadores en Derecho como tenemos al Doctor Francesco Carnelutti Jorge Clariá Olmedo, José Antonio Martín y Martín, Julio Maier, Vélez Mariconde, por nombrar algunos de ellos, coincidiendo en que la Fiscalía General del Estado inicie las investigaciones en todos los delitos ya sea de parte o de oficio
- **CUARTA.-** La falta de normas específicas en el Código Orgánico Integral Penal, que permita el inicio de la investigación procesal o procesal por parte de la Fiscalía General del Estado sin previo informe de la Contraloría General del Estado.
- **QUINTA.-** Los criterios obtenidos en esta investigación de parte de las personas encuestadas y entrevistadas, establecen que existe la

necesidad del planteamiento de una reforma al Código Orgánico Integral Penal, con la finalidad de establecer una normativa que permita a la fiscalía iniciar de parte o de oficio la investigación en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito. .



## 9. RECOMENDACIONES

- **PRIMERA.-** Que la Asamblea Nacional proceda a reformar el actual Código Integral Penal, en especial a lo que concierne a la fijación de una normativa que permita a la Fiscalía General del Estado iniciar los procesos en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito sin previo informe por parte de la Contraloría General del Estado. .
- **SEGUNDA.-** Recomendamos que el Código Orgánico Integral Penal en su Libro Segundo de los procedimientos en el Título VII Procedimiento Ordinario, Capítulo Primero Fase De Investigación Previa, artículo 581 derogarse el inciso final del mismo.
- **TERCERA.-** Se debe tomar en consideración el criterio de los grandes pensadores del Derecho, con el ánimo que se pueda reformar nuestro Código Orgánico Integral Penal para poder establecer el inicio de la investigación procesal y pre procesal en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito.
- **CUARTA.-** Incorporar al Código Orgánico Integral Penal un mecanismo legal que permita fijar una respectiva norma con la facultad de dar potestad a la fiscalía en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito sin previo informe por parte de la Contraloría General del Estado.
- **QUINTA.-** Iniciar un proceso intensivo de información, capacitación y sensibilización a los miembros de las instituciones públicas con el ánimo de que dejen de cometer estos delitos.

## 9.1. PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA

La presente tesis aspira a reformar el Código Orgánico Integral Penal, para derogar el inciso final del artículo 581 de este cuerpo legal, con el ánimo de dar la potestad a la Fiscalía General del Estado para que dé inicio a la investigación procesal y pre procesal en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito sin previo informe de la Contraloría General del Estado.

### 9.3.1. PROPUESTA DE REFORMA LEGAL



#### ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR

##### CONSIDERANDO.

**Que**, es deber primordial del estado garantizar el cumplimiento efectivo de las normas constitucionales.

**Que**, constituye labor fundamental de la función Legislativa, adecuar al Marco Jurídico-Legal existente, a los actuales requerimientos de la sociedad Ecuatoriana.

**Que**, la Constitución de la república del Ecuador señala que se reconoce los derechos al acceso gratuito y la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, pues nadie puede ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no este tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza.

**Que**, Código Orgánico Integral Penal en su artículo uno menciona que tiene como finalidad normar el poder punitivo del Estado, tipificar las infracciones penales, establecer el procedimiento para el juzgamiento de las personas con estricta observancia del debido proceso, promover la rehabilitación social de las personas sentenciadas y la reparación integral de las víctimas.

**Que**, Código Orgánico Integral Penal en su artículo 410 de la Ejercicio de la acción establece que: El ejercicio de la acción penal es público y privado. El ejercicio público de la acción corresponde a la Fiscalía, sin necesidad de denuncia previa. El ejercicio privado de la acción penal corresponde únicamente a la víctima, mediante querrela.

**Que**, El Código Orgánico De La Función Judicial en su artículo 281 de la Naturaleza jurídica establece que la Fiscalía General del Estado es un organismo autónomo de la Función Judicial, con autonomía económica, financiera y administrativa. Tiene su sede en la capital de la República.

**Que**, La Constitución De La Republica Del Ecuador en su artículo 120 da atribuciones y deberes a la Asamblea Nacional es así que en el numeral seis norma que la Asamblea “Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio”. Y en uso de las atribuciones que le confiere la Constitución De La Republica expide lo siguiente.

## **LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL**

De conformidad a las atribuciones y competencias de la Asamblea Nacional del Ecuador, y en ejercicio de sus facultades constitucionales que le confiere el Numeral 6 del Art. 120 expide la siguiente. **LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL:** en su Libro Segundo de los

Procedimiento en el Título VII de los Procedimiento Ordinario, Capítulo Primero de la Fase De Investigación Previa del artículo 581, **derogase el inciso fila del Artículo 581 del Código Orgánico Integral Penal;**

Art 581- Sin perjuicio de que la o el fiscal inicie la investigación, la noticia sobre una infracción penal podrá llegar a su conocimiento por:

1. Denuncia: Cualquier persona podrá denunciar la existencia de una infracción ante la Fiscalía, Policía Nacional, o personal del Sistema integral o autoridad competente en materia de tránsito. Los que directamente pondrán de inmediato en conocimiento de la Fiscalía.
2. Informes de supervisión: Los informes de supervisión que efectúan los órganos de control deberán ser remitidos a la Fiscalía.
3. Providencias judiciales: Autos y sentencias emitidos por las o los jueces o tribunales.

**Artículo final.**\_ La presente reforma penal entrará en vigencia, luego de su promulgación y publicación en el Registro Oficial.

**Certifico:**\_ Que el presente Proyecto de Ley, fue analizado y aprobado, en las sesiones de la Comisión Especializada Permanente de lo Penal el día 17 de Noviembre del 2016 a las 10H00.

.....  
Gabriela Rivadeneira.  
Presidente(a) de la Asamblea Nacional.  
General.

.....  
Livia Rivas  
Secretario(a)

## 10. BIBLIOGRAFÍA

- DICCIONARIO de la Lengua Española, Real Academia Española, vigésima segunda edición. Grupo editorial Planeta S.A.I.C...
- COUTURE, Eduardo J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Ediciones Desalma, Bs.As. 1981, Pág. 219.
- Enciclopedia jurídica
- PÉREZ LUÑO, A. E.: La seguridad jurídica. Barcelona, 1991
- Ribó Durán, L. "Dic. de Derecho" Bosch, Casa Ed. Barcelona 1991, p. 210
- Burgoa, I.- "Las garantías individuales".- Ed. Porrúa, S. A., México, 1954, p. 396
- SALVADOR Orizaba Monroy, Diccionario Jurídico ABC Definición de pericia, edición 1, 2008
- DICCIONARIO de la Lengua Española, Real Academia Española, vigésima segunda edición. Grupo editorial Planeta S.A.I.C...
- JIMENEZ HUERTA, Mariano. La Tipicidad. Editorial Porrúa, S.A, México, D.F. 1955. pág. 57.
- MAGGIORE. Giuseppe. Derecho Penal. Parte Especial. Vol. III. Editorial Temis. Bogotá, 1955, pág. 9.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA S. 27 de agosto de 1936, R.I. No. 14, pág. 297
- MAGGIORE. Giuseppe. Derecho Penal. Parte Especial. Vol. III. Editorial Temis. Bogotá, 1955, pág. 9.
- En este mismo sentido: PEREZ. Luis Carlos. Tratado de Derecho Penal Tomo III. Editorial Temis. Bogotá, D. E. 1968. pág. 181.

- JIMENEZ HUERTA, Mariano. La Tipicidad. Editorial Porrúa, S.A, México, D.F. 1955. pág. 68-69
- Definición de abuso - Qué es, Significado y Concepto <http://definicion.de/abuso/#ixzz46C9RGG6V>
- Diccionario de términos Jurídicas, abril 20, 2010
- Concepto de abuso - Definición en DeConceptos.com
- SUAREZ MONTES, Rodrigo Fabio. El Delito de Malversación de Caudales Públicos. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Junio 1966. pág. 18.
- SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1967. pág. 182
- SUAREZ MONTES, Rodrigo Fabio. Ob. Cit. pág. 17
- GROIZARD, Alejandro. Código Penal de 1870. Tomo IV. Imprenta Esteban Hnos. Salamanca, 1891. pág. 273.
- DICCIONARIO de la Lengua Española, Real Academia Española, vigésima segunda edición. Grupo editorial Planeta S.A.I.C...
- <https://definiciona.com/apropiar>
- Real Academia Española (2014). «discriminación». *Diccionario de la lengua española* (23.ª edición). Madrid: Espasa.
- MONTROYA VIVANCO, Yván y otros. Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013, p.97.
- VASCONCELOS, A. *Teoria da norma jurídica*, São Paulo 1993, Malheiros Ed. Ltda., 3ª ed., p. 156

- GARCÍA MAYNES, E. *Introducción al Estudio del Derecho*, México 1982, Editorial Porrúa, S. A., 13<sup>a</sup> ed., p, 295.
- “HANS Kelsen y Evgeni Paschukanis”, *La doctrina de Kelsen sobre el carácter coactivo del Derecho*, Bogotá 1984, Editorial Temis, p. 189; KELSEN, H. “¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?”, México 1995, Distribuciones Fontamara, 4<sup>a</sup> ed., p. 11; PATTARO, E. *Elementos para una teoría del Derecho*, Madrid 1991, Editorial Debate, p. 56
- RADCLIFFE-BROWN, A.R. *Estructura y función en la sociedad primitiva*, Barcelona 1996, Península, 3<sup>a</sup> ed., p. 233
- PASUKANIS, E. *Teoría General del Derecho*, Barcelona 1976, Ed. Labor, p. 145
- GARCIA RAMÍREZ, Sergio. “Itinerario de la Pena”, en *Criminalia*. Academia Mexicana de Ciencias Penales. Año LXIII, No. 1. México: Ene-Feb., 1997. pág. 182.
- SALMORÁN, R.T. *El Derecho y la ciencia del Derecho*, México 1984, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 39
- Ribó Durán, Luís. *Diccionario de Derecho*. BOSCH, Casa Editorial S. A. Desarrollo Informático por PUNTO Y COMA S. A.
- Ossorio, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. 26<sup>a</sup> Edición. 1999 Editorial Heliasta SRL. Pág. 400.
- Microsoft ® Encarta ® 2007. © 1993-2006 Microsoft Corporation. Reservados todos los derechos.
- Ribó Durán, Luís. *Diccionario de Derecho*. BOSCH, Casa Editorial S. A. Desarrollo Informático por PUNTO Y COMA S. A.
- Francesco Carnelutti

- Jorge Clariá Olmedo
- José Antonio Martín y Martín
- Julio Maier
- Vélez Mariconde
- Geovanny Fernando Freire Coloma en su tesis de abogacía
- Jaime Guasp, catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid, en su obra Derecho Procesal Civil
- GEOVANNY Fernando Freire Coloma en su tesis de abogacía
- FRANCESCO Carnelutti
- JORGE Clariá Olmedo
- JOSÉ Antonio Martín y Martín
- MAGGIORE. Giuseppe. Derecho Penal. Parte Especial. Vol. III. Editorial Temis. Bogotá, 1955, pág. 167
- JIMENEZ HUERTA, Mariano. La Tipicidad. Editorial Porrúa, S.A, México, D.F. 1955. pág. 45.
- Ernesto Sábato (La resistencia)
- Ver ABANTO VASQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el CP peruano. Palestra, Lima, 2001, pp. 484-486.
- GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Delito de enriquecimiento ilícito. Idemsa, Lima, 2001, p. 188.
- Constitución de la República del Ecuador, Capítulo Sexto de los derechos de libertad, Artículo. 66
- Constitución de la República del Ecuador, Capítulo Octavo de los Derechos de Protección, Artículo. 75



- Constitución de la República del Ecuador, Capítulo Octavo de los Derechos de Protección, Artículo. 76
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR Título IV Participación Y Organización Del Poder, Capítulo IV Función Judicial Y Justicia Indígena, Sección X Fiscalía General Del Estado, Artículos 194, 195, 196, 197.
- CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, Libro Primero la infracción penal, título IV infracciones en particular/capítulo quinto delitos contra la responsabilidad ciudadana/sección tercera delitos contra la eficiencia de la administración pública, artículo 278
- CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL Libro Segundo procedimiento, título II acción penal, capítulo primero ejercicio de la acción penal, artículo 410
- CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL Libro Segundo procedimiento, título II acción penal, capítulo primero ejercicio de la acción penal, artículo 411
- CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, Título II CARRERAS DE LA FUNCIÓN JUDICIAL / Capítulo I DIRECTRICES DE LAS CARRERAS DE LA FUNCIÓN JUDICIAL/Sección I DIRECTRICES, artículo 38.- Conformación de la Función Judicial.

## 11. ANEXOS



Estimado estudiante o profesional del derecho, como estudiante de la carrera de derecho de la Universidad Nacional de Loja, previo a la obtención del grado de Licenciado en Jurisprudencia y la obtención del Título de Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador en mi trabajo de tesis intitulada **“IMPROCEDENCIA DEL INCISO FINAL DEL ARTICULO 581 CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, POR CONTRAPONERSE A LA POTESTAD DEL FISCAL DE INICIAR LA INVESTIGACIÓN DE OFICIO EN LOS DELITOS DE ACCIÓN PÚBLICA”**, por medio del presente me dirijo a usted para solicitarle su valioso aporte del mismo que me servirá de gran aporte académica, para cumplir con los objetivos de mi trabajo.

Lea detenidamente la pregunta y sírvase contestar de manera objetiva las mismas

1. ¿Conoce si existe una norma en el Código Orgánico Integral Penal que permita a la Fiscalía General del Estado inicial la investigación previa en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito?

Si ( ) No ( )

Porqué.....

2. ¿Cree usted que se debería incorporar una norma que permita el inicio de la investigación previa por parte de la Fiscalía General del Estado en estos delitos?

Si ( ) No ( )

Porqué.....

3. ¿Considera usted que el inicio de la investigación previa por parte de la Fiscalía General del Estado debe ser de parte o de oficio?

Si ( ) No ( )

Porqué.....

4. ¿Considera conveniente que la Contraloría General del Estado presente un informe previo en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, para dar paso a la Fiscalía General del Estado con el inicio de la investigación previa?

Si ( ) No ( )

Porqué.....

5. Considera que constituiría violación al debido proceso el no dar inicio a una investigación previa por parte de la Fiscalía General del Estado en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito?

Si ( ) No ( )

Porqué.....



# **Universidad Nacional de Loja**

## **CARRERA DE DERECHO**

**“IMPROCEDENCIA DEL INCISO FINAL DEL ARTICULO 581 CÓDIGO  
ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, POR CONTRAPONERSE A LA POTESTAD DEL  
FISCAL DE INICIAR LA INVESTIGACIÓN DE OFICIO EN LOS DELITOS DE  
ACCIÓN PÚBLICA”**

PROYECTO DE TESIS PREVIO A LA OBTENCIÓN  
DEL GRADO DE LICENCIADO EN EL TÍTULO DE  
ABOGADA DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE  
LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

**AUTOR**

***Jairo Rene Delgado Guachichulca***

**LOJA - ECUADOR**

**2016**

## **TEMA**

**“improcedencia al inciso final del Artículo 581 código orgánico integral penal, por contraponerse a la potestad del fiscal de iniciar la investigación de oficio en los delitos de acción pública”**

## 1. PROBLEMÁTICA

El presente trabajo de investigación cuyo tema es “IMPROCEDENCIA AL INCISO FINAL DEL ARTICULO 581 CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, POR CONTRAPONERSE A LA POTESTAD DEL FISCAL DE INICIAR LA INVESTIGACIÓN DE OFICIO EN LOS DELITOS DE ACCIÓN PUBLICA” Está orientada al análisis jurídico y crítico de los procedimientos y reclamos en la aplicación de la funciones de la Fiscalía, así como también establecer una reforma jurídica al Código Orgánico Integral Penal, por abordar un tema de la realidad jurídica y social ecuatoriana.

Pues como es de conocimiento general la legislación penal en Ecuador otorga plenas facultades al fiscal para que en representación de la sociedad y sin la necesidad de impulso de parte ofendida, o incluso sin necesidad de denuncia u otro medio, esta institución puede dar inicio a la investigación pre procesal en todos los delitos de acción penal pública, de encontrar los elementos suficientes, solicitara el inicio del proceso penal y acusara a los infractores ante los jueces de garantías penales correspondientes.

Es así que el inciso final del artículo 581 del Código Orgánico Integral Penal establece un presupuesto de procedimientos para el inicio de la investigación, únicamente para los delitos de peculado e enriquecimiento ilícito, tiene que existir un informe previo con indicios de responsabilidad penal emitido exclusivamente por el Fiscal, lo cual constituye a todas luces un obstáculo para que esta institución de orden institucional pueda ejercer

de manera directa sus atribuciones conferidas en la Constitución y las leyes, e iniciar de oficio, una investigación cuando llegue a su conocimiento el presunto cometimiento de uno de estos delitos, lo cual genera indudablemente impunidad e inseguridad, por cuanto la mayor parte de estos delitos no están siendo investigados, menos aún juzgados, con la agilidad y eficiencia con que estas infracciones ameritan ya que van en contra del interés del Estado, puesto que el criterio del fiscal debe ser igual para asunto que de oficio se siguiera.

## **2. JUSTIFICACIÓN**

El presente trabajo de investigación jurídica se encuentra dentro del Derecho Penal; y, se justifica por un sinnúmero de razones dada la importancia y trascendencia del mismo, además porque se refiere a un problema social y jurídica que se vive a diario al vulnerarse el derecho al debido proceso, al no permitir que los fiscales de oficio procedan en contra de las personas que cometan los delitos de acción penal pública como son el peculado y el enriquecimiento ilícito, debiendo los mismos acogerse a un informe previo sobre indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado.

Se cumple con la exigencia del Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, cuya pertinencia del estudio investigativo jurídico con aspectos inherentes en una marco de derecho permite una procedibilidad a la presente propuesta jurídica donde se busca apelar el criterio tanto a las instituciones de orden y aplicación jurídica como a sus representantes de una manera consensuada con los administradores de justicias.

Dicho esto se cree conveniente que el artículo 581 del Código Orgánico Integral Penal establece una reforma para garantizar a los fiscales la potestad de iniciar una investigación en todos los delitos y no sea esta



norma jurídica la excluya únicamente a los delitos de peculado e enriquecimiento ilícito, tiene que existir un informe previo con indicios de responsabilidad penal emitido exclusivamente por la Contraloría General del Estado, lo cual constituye a todas luces un obstáculo para que la Fiscalía pueda ser uso de sus atribuciones conferidas en la Constitución y las leyes, e iniciar de oficio, una investigación cuando llegue a su conocimiento el presunto cometimiento de uno de estos delitos.

En calidad de egresado de la carrera de Derecho y futuros Abogados, trataremos de dar solución a esta problemática; en igual forma aspiramos se constituya en un aporte significativo, tanto para los estudiantes y profesionales del Derecho, así como para la sociedad en general.

Por todo lo expuesto, consideramos que se justificará plenamente la realización de la presente investigación socio- jurídica.

### **3. OBJETIVOS:**

#### **3.1. GENERAL**

- Realizar un estudio jurídico, doctrinario y científico, del artículo 581 del Código Orgánico Integral Penal, para establecer una reforma al mismo por contraponerse a los principios y garantías Constitucionales, por no dar la potestad en los delitos de peculado e enriquecimiento ilícito a los fiscales.

#### **3.2. ESPECÍFICOS**

- Investigar el marco teórico y legal relacionado con los delitos de acción pública, para poder determinar una reforma dentro del Código Orgánico Integral Penal
- Realizar un estudio jurídico doctrinario a efecto de prever una reforma al Código Orgánico Integral Penal por contraponerse a la potestad del fiscal, de iniciar la investigación de oficio en los delitos de acción pública.
- Presentar un consenso o consensuación entre el Código Orgánico Integral Penal y la potestad que tienen los fiscales para iniciar una investigación pre procesal o instruida penal por los delitos cometidos en contra del estado sin distinción alguna, de tal forma que no exista una Litis trabada por previo informe de la Contraloría General del Estado que en su debido momento debió ser puestas en consideración de las partes pertinentes.

#### **4. HIPÓTESIS**

Con el propósito de establecer una reforma al Código Orgánico Integral Penal en su artículo 581, para que guarde armonía al momento de otorgar la facultad a los fiscales en los delitos de índole que e refieran al delito de peculado o en su defecto de al enriquecimiento ilícito, sin la necesidad de previo informe por parte de la Contraloría General del Estado, y poder dar así inicio a la investigación pre procesal en todos los delitos que ameritan de una manera directa sean aplicados como lo manda este tipo de quebrantamientos judiciales.

## 5. MARCO TEÓRICO

En toda investigación jurídica o cualquier otra investigación requiere de un marco donde se expongan los conceptos relacionados con el tema a tratar. Por lo expuesto he visto conveniente analizar los temas propuestos de reforma jurídica al Código Orgánico Integral Penal, al contraponerse a la potestad que tienen los fiscales para iniciar la investigación de oficio en los delitos de acción pública, con la necesidad que la Contraloría General del Estado emita un informe previo a cualquier procedimiento que el estado deba aplicar para este tipo de delitos, que se deben proceder de oficio.

### 5.1 PECULADO:

El término peculado es en el campo del Derecho, la malversación de caudales públicos, un delito consistente en la apropiación indebida del dinero perteneciente al Estado por parte de las personas que se encargan de su control y custodia. ***“El término peculado se emplea en el ámbito del derecho para nombrar al delito que se concreta cuando una persona se queda con el dinero público que debía administrar. El peculado, por lo tanto, forma parte de lo que se conoce comúnmente como corrupción”<sup>89</sup>.***

La persona que incurre en esta falta **defrauda la confianza del Estado**, cuyas autoridades le encomendaron algún tipo de función y le posibilitaron el acceso a los recursos públicos. El peculado en ocasiones no refiere específicamente al robo de **dinero**, sino que también puede concretarse cuando el funcionario en

---

<sup>89</sup> SALVADOR Orizaba Monroy, Diccionario Jurídico ABC Definición de pericia, edición 1, 2008

cuestión hace uso de ciertos objetos que, en realidad, deberían estar disponibles para el bien común.

Es así que para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española peculado es ***“Del lat. Peculātus, En el antiguo derecho y hoy en algunos países hispanoamericanos, delito que consiste en el hurto de caudales del erario, cometido por aquel a quien está confiada su administración”***<sup>90</sup>.

Lo que diferencia al peculado de otro tipo de robos o estafas, en definitiva, es que el delincuente es alguien que ejerce funciones públicas y que se apropia de recursos estatales que debía custodiar y gestionar, abusando de su posición. Esta particularidad, por supuesto, agrava la condición de implicado.

#### **5.1.1. ABUSAR DE LA CONFIANZA DEL ESTADO:**

Acción y efecto de abusar; de usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente de alguna cosa o de alguien. En sentido jurídico lo constituye el hecho de usar de un poder, de una facultad, de un derecho o de una situación, así como también de una cosa, más allá de lo lícito. El abuso tuvo, en lo que respecta a las cosas, una legitimidad en el Derecho Romano cuando definía el dominio como el derecho no solo de usar y de disfrutar de una cosa, sino también de abusar de ella. Esta legitimidad del abuso ha subsistido en materia civil hasta nuestros días. Pero, frente a esa excesiva facultad, se abren camino las teorías y las legislaciones que atribuyen a la propiedad una función social.

---

<sup>90</sup> DICCIONARIO de la Lengua Española, Real Academia Española, vigésima segunda edición. Grupo editorial Planeta S.A.I.C...

**Abuso** es la acción y efecto de abusar. “Este verbo supone usar mal, excesiva, injusta, impropia o indebidamente algo o a alguien”<sup>91</sup>, según detalla el diccionario de la **Real Academia Española (RAE)**

Es así que el Diccionario de términos Jurídicas establece que abuso es cuando, **“Se incurre en él, para la comisión de ciertos delitos afectantes del orden patrimonial, el agente se vale de las facilidades que le proporciona la persona perjudicada y que son debidas a la confianza que le dispensa. Esa circunstancia, calificativa del delito, puede darse en la estafa y en el hurto, como en el llamado hurto doméstico o familiar. También, en los delitos contra la honestidad”**<sup>92</sup>.

**“Es cuando se utiliza un derecho o facultad legalmente concedida pero en contra de los fines para el cual fue dado, o se opone a la moral, la buena fe y las buenas costumbres. Quien abusa de un derecho deberá responder legalmente por los perjuicios que ocasione”**<sup>93</sup>.

El abuso no es otra cosa que, por la potestad que se entrega a una persona por parte del estado, y este sin ver sus consecuencias abusa usufructuando sus bienes, afectando dolosamente a dicha institución ya sea de forma económica, moral y social.

---

<sup>91</sup> Definición de abuso - Qué es, Significado y Concepto <http://definicion.de/abuso/#ixzz46C9RGG6V>

<sup>92</sup> Diccionario de términos Jurídicas, abril 20, 2010

<sup>93</sup> Concepto de abuso - Definición en DeConceptos.com

El abuso a las instituciones estatales, se lo reconoce como peculado, delito que establece penas muy elevadas para el infractor, así como también no establece la prescripción para este tipo de delitos.

### **5.1.2. APROPIACIÓN DE LOS RECURSOS DEL ESTADO:**

Delito que consiste en disponer dolosamente de la cosa como propia, transmutando la posesión lícita originaria en una propiedad ilícita o antijurídica, con incumplimiento definitivo de las obligaciones de entregar o devolver.

Para el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define como **“Hacer algo propio de alguien, aplicar a cada cosa lo que le es propio y más conveniente, acomodar o aplicar con propiedad las circunstancias o moralidad de un suceso al caso de que se trata”**<sup>94</sup>

Existen varios usos de esta noción. En el terreno del **derecho**, los bienes que resultan susceptibles de apropiación son aquellos cuya propiedad puede recaer de manera directa en su titular, quien puede disponer de él libremente dentro de lo estipulado por la ley. La apropiación, en este marco, marca el hecho de **quedarse con la propiedad de algo**.

Si alguien se arroga la **propiedad** de un bien ajeno para obtener un lucro, comete el delito de **apropiación indebida**. De acuerdo a cada legislación, es posible que la apropiación indebida sea considerada como una **estafa**,

---

<sup>94</sup> DICCIONARIO de la Lengua Española, Real Academia Española, vigésima segunda edición. Grupo editorial Planeta S.A.I.C...

diferenciándose del **hurto** y del **robo** por el mecanismo que utiliza el delincuente para apropiarse del bien.

**“Verbo activo transitivo. Se define como adueñar, adquirir, o apoderar de algo o hacer que sea de propiedad de alguien. Aplicar a cada cosa lo que es perteneciente y lo que es más beneficioso y adecuado”<sup>95</sup>.**

*Podemos observar que apropiarse es establecer posesión de algo, sin que esto sea suyo y en forma dolosa, no reconoce derecho alguno sobre los bienes de terceros, y porque no al estar estudiando el tema que hemos planteado podemos llegar a la conclusión que el apoderarse o apropiarse de un bien públicos es un delito que merece su pronta investigación, por parte de las entidades del estado.*

### **5.1.3. DISTRAER PARA EXTRAER Y ABUSAR DE LOS RECURSOS DEL ESTADO:**

Para poder determinar el origen etimológico del término distracción que ahora nos ocupa, tendríamos que irnos hasta el latín. Y es que es en la palabra “distractio”, donde se encuentra aquel. No obstante, no podemos obviar que ella, a su vez, emana del verbo “distrahere”, compuesto de dos partes: el prefijo “dis-“, que es sinónimo de “separación o divergencia”, y el verbo “trahere”, que significa “tirar o arrastrar”.

---

<sup>95</sup> <https://definiciona.com/apropiar>



Es la **acción y efecto de distraer**. Este **verbo** se refiere a entretener, divertir o apartar la **atención** de alguien de aquello a que la aplicaba o a que debía aplicarla.

Debe considerarse a un acusado, autor del delito de peculado, si cambia la finalidad jurídica de las sumas confiadas a su cuidado y que están dentro de su esfera material a virtud del empleo que desempeña; pues por "distraer", debe entenderse cambiar la finalidad jurídica del bien confiado.

#### **5.1.4. ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO**

El delito de enriquecimiento ilícito puede ser entendido como el delito de corrupción funcional por excelencia, debido a que quien lo comete solo puede ser una persona que, al momento de ingresar al cargo público, ha asumido una serie de derechos, potestades y, sobre todo, deberes que constituyen el límite de sus actos. Así, un funcionario público tiene deberes de transparencia y probidad que debe cumplir y que delimitan las formas en que esa persona puede incrementar su patrimonio.

Siendo esto así, la única manera en que los funcionarios públicos pueden enriquecerse es a través de actividades ilícitas. ***“Para que un funcionario público sea considerado sospechoso y sea investigado por la supuesta comisión del delito de enriquecimiento ilícito es necesario que aquél no solo presente un desbalance patrimonial, sino que el mismo no pueda ser justificado por el funcionario público probando que las fuentes de dicho incremento patrimonial son lícitas. Es decir, lo que se sanciona en este***

***delito es la imposibilidad de justificar la licitud del desbalance patrimonial. Debe entenderse como “incremento patrimonial” tanto la incorporación de bienes al patrimonio como la disminución de pasivos”<sup>96</sup>.***

Del latín *illicitus*, un **ilícito** es aquello que **no está permitido legal o moralmente**. Se trata, por lo tanto, de un **delito** (un quebrantamiento de la ley) o de una **falta ética**. Por ejemplo: *“Hemos apresado a un hombre que acababa de cometer un ilícito en el centro comercial”, “El sospechoso tiene antecedentes por distintos ilícitos, desde robos hasta asesinatos”, “Es ilícito*

No podemos olvidar que también existe lo que se conoce como ilícito administrativo. Se trata de un término que es definido como el acto o la conducta que es totalmente contraria a lo que establece el Derecho. Es decir, el ilícito administrativo es la infracción que suele tener una sanción determinada. Entre los ejemplos más comunes de aquel estarían las multas de tráfico.

Adentrándonos un poco más en la definición de dicho término podemos establecer también que un ilícito administrativo es el conjunto de prohibiciones que se organizan dentro de los ordenamientos administrativos.

## **6. MARCO JURÍDICO**

Cuando nos referimos al marco jurídico nos estamos refiriendo a las normas aplicables con el tema propuesto, en el caso de esta investigación nos

---

<sup>96</sup> MONTROYA VIVANCO, Yván y otros. Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013, p.97.

referiremos a las Constitución de la República del Ecuador, Tratados y Convenios Internacionales, El Código Orgánico de la Función Judicial, Ordenanzas:

## 6.1. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA

La Constitución de la República del Ecuador se divide en dos partes una dogmática y una normativa, esta que fue expedida el 20 de octubre del 2008, exalta los derechos de las personas así en el Art. 11 establece los derechos que se regirá por los principios, y de esta forma el Estado pueda hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución,

Tomando en consideración los derechos de las personas que actúan dentro del proceso y establecemos que la misma Constitución en sus articulado establece estas garantías básicas, es así como se observa en el **Art. 75.-** Establece que toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

Así también el título IV Participación Y Organización Del Poder, capítulo IV Función Judicial Y Justicia Indígena, en la Sección X, de la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO establece en su artículo 194 que ***“La Fiscalía General del Estado es un órgano autónomo de la Función Judicial, único e indivisible, funcionará de forma desconcentrada y tendrá autonomía administrativa, económica y financiera. La Fiscal o el Fiscal General es su***

***máxima autoridad y representante legal y actuará con sujeción a los principios constitucionales, derechos y garantías del debido proceso”<sup>97</sup>.***

En la misma forma el artículo 195 establece que

***“La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.***

***Para cumplir sus funciones, la Fiscalía organizará y dirigirá un sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, que incluirá un personal de investigación civil y policial; dirigirá el sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes en el proceso penal; y, cumplirá con las demás atribuciones establecidas en la ley”<sup>98</sup>.***

En la misma forma se establece en el artículo 197 que

***“Se reconoce y garantiza la carrera fiscal, cuyas regulaciones se determinarán en la ley. La profesionalización con base en la***

---

<sup>97</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR título IV Participación Y Organización Del Poder, capítulo IV Función Judicial Y Justicia Indígena, en la Sección X, de la Fiscalía General Del Estado, artículo 194

<sup>98</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR título IV Participación Y Organización Del Poder, capítulo IV Función Judicial Y Justicia Indígena, en la Sección X, de la Fiscalía General Del Estado, artículo 195

***formación continua, así como la evaluación periódica de sus servidoras y servidores, serán condiciones indispensables para la promoción y permanencia en la carrera fiscal”<sup>99</sup>.***

Como se puede observar se da la protesta a las y los fiscales para que de oficio pueda seguir la investigación a la persona procesada por cualquier delito, sin excepciones, estableciendo así el beneficio a la parte procesada y ofendida, reconociendo a la fiscalía como un órgano autónomo, y este a su vez si hallara méritos acusara a presunto infractor ante el Juez competente, he impulsara la acusación en la sustanciación del juicio penal.

## **6.2. CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL**

El 10 de agosto de 2014, Ecuador amaneció con una nueva ley penal que trajo consigo cambios sustanciales a la normativa anterior, como la reducción de sanciones para el tráfico de drogas, la acumulación de penas hasta por 40 años y la creación de nuevos tipos de delitos.

Es así que este Código en su artículo uno menciona que tiene como finalidad normar el poder punitivo del Estado, tipificar las infracciones penales, establecer el procedimiento para el juzgamiento de las personas con estricta observancia del debido proceso, promover la rehabilitación social de las personas sentenciadas y la reparación integral de las víctimas.

---

<sup>99</sup> CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR título IV Participación Y Organización Del Poder, capítulo IV Función Judicial Y Justicia Indígena, en la Sección X, de la Fiscalía General Del Estado, artículo 197

Es así que en su Libro Primero la infracción penal, título IV infracciones en particular, en el capítulo quinto delitos contra la responsabilidad ciudadana de la sección tercera delitos contra la eficiencia de la administración pública, artículo 278 establece lo que es el Peculado que textualmente lo exponemos a continuación:

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

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

***La misma pena se aplicará cuando los sujetos descritos en el primer inciso se aprovechen económicamente, en beneficio propio o de terceras personas, de estudios, proyectos, informes, resoluciones y más documentos, calificados de secretos,***

***reservados o de circulación restringida, que estén o hayan estado en su conocimiento o bajo su dependencia en razón o con ocasión del cargo que ejercen o han ejercido.***

***Son responsables de peculado las o los funcionarios o servidores públicos, las o los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del Sistema Financiero Nacional que realicen actividades de intermediación financiera, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración y vigilancia de estas entidades, que con abuso de las funciones propias de su cargo: a) dispongan fraudulentamente, se apropien o distraigan los fondos, bienes, dineros o efectos privados que los representen; b) hubiesen ejecutado dolosamente operaciones que disminuyan el activo o incrementen el pasivo de la entidad; o, c) dispongan de cualquier manera el congelamiento o 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.***

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

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

***Las o los sentenciados por las conductas previstas en este artículo quedarán incapacitadas o incapacitados de por vida, para el desempeño de todo cargo público, todo cargo en entidad financiera o en entidades de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera”<sup>100</sup>.***

Se reconoce al peculado según este cuerpo legal como la malversación y usufructo de los bienes del estado, así también se reconoce que la persona o servidor público que abuse, se apropie o disponga arbitrariamente de estos bienes se establecerá una pena, dicha investigación tendrá que hacerla la Fiscalía General del Estado.

---

<sup>100</sup> CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, Libro Primero la infracción penal, título IV infracciones en particular/capítulo quinto delitos contra la responsabilidad ciudadana/sección tercera delitos contra la eficiencia de la administración pública, artículo 278



Así también en el Libro Segundo procedimiento, título II acción penal, capítulo primero ejercicio de la acción penal en su artículo 410 de la Ejercicio de la acción establece que: **“El ejercicio de la acción penal es público y privado. El ejercicio público de la acción corresponde a la Fiscalía, sin necesidad de denuncia previa. El ejercicio privado de la acción penal corresponde únicamente a la víctima, mediante querrela”**<sup>101</sup>.

Y en la misma forma el artículo 411 de los Titularidad de la acción penal pública establece que **“La Fiscalía, ejercerá la acción penal pública cuando tenga los elementos de convicción suficientes sobre la existencia de la infracción y de la responsabilidad de la persona procesada. La o el fiscal podrá abstenerse de ejercer la acción penal, cuando:**

- 1. Se pueda aplicar el principio de oportunidad.**
- 2. Se presente una causal de prejudicialidad, procedibilidad o cuestiones previas”**<sup>102</sup>.

Se reconoce que el ejercicio público de la acción corresponde a la Fiscalía, si la necesidad de la denuncia privada, esta ejercerá la acción penal publica cuando tenga los elementos de convicción. Es así que se le atribuye a esta institución la capacidad de seguir una acción por cualquier delito, pero que sucede cuando el mismo cuerpo legal establece trabas vulnerando los derechos y garantías, que tienen los fiscales para iniciar una investigación pre procesal.

---

<sup>101</sup> CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL Libro Segundo procedimiento, título II acción penal, capítulo primero ejercicio de la acción penal, artículo 410

<sup>102</sup> CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL Libro Segundo procedimiento, título II acción penal, capítulo primero ejercicio de la acción penal, artículo 411

## 7. MARCO DOCTRINARIO

Dentro de la investigación se debe fundamentar el tema y la forma más práctica es estudiar los pensamientos de Juristas que conocen y han estudiado esta realidad,

El pueblo ecuatoriano partir del 20 de octubre de 2008, a raíz de la vigente Constitución de la República vive en un Estado constitucional de derechos y justicia y, frente a este nuevo Estado, los operadores de la misma, entre ellos los fiscales, los jueces y los abogados en libre ejercicio deben cambiar de mentalidad, esto es tomar una nueva actitud; y así los funcionarios de la Fiscalía General del Estado tiene todo el derecho de inicia una investigación previa de parte o de oficio, así también deben ser dinámicos y su actividad deben realizarla en equipo, deben estar preparados científicamente y criminalísticamente para la investigación.

Como bien lo señala el Dr. Geovanny Fernando Freire Coloma en su tesis de abogacía ***“Cierto es que toda innovación de cualquier área de conocimiento, trae aparejado consigo un riesgo que nos puede llevar al fracaso si todas las personas que nos encontramos inmersos en el nuevo sistema, no le damos la importancia y el apoyo necesario para que su aplicación sea correcta, ágil y fundamentalmente la sociedad se sienta satisfecha con el nuevo sistema”***<sup>103</sup>; por lo que hay que recordar que hay diferencias sustanciales entre el sistema inquisitivo y acusatorio, pues el

---

<sup>103</sup> GEOVANNY Fernando Freire Coloma en su tesis de abogacía

primero tiene por objeto el esclarecimiento de la verdad, mientras que el sistema acusatorio tiene por objeto la observancia de las garantías individuales.

Y se puede observar que la Fiscalía General del Estado tiene toda la potestad para poder realizar el inicio de cualquier investigación previa al procesamiento, pues al respecto el maestro Francesco Carnelutti señala que se llama jurisdicción instructoria, **“aquella especie de potestad jurisdiccional que se da al juez a fin de que pueda proveer los medios o sea las razones y las pruebas necesarias para la decisión”**<sup>104</sup>. El tratadista Jorge Clariá Olmedo señala que **“se denomina instrucción a la primera y preparatoria etapa del proceso penal”**<sup>105</sup>, cumplido por escrito y con limitada intervención de la defensa, con el objetivo de reunir y seleccionar las pruebas sobre el supuesto de hecho imputado, suficiente para realizar el juicio sobre la base de una acusación o evitarlo mediante sobreseimiento.

José Antonio Martín y Martín al respecto señala **“Puede conceptuarse a la instrucción penal como la fase del proceso penal que pudiendo comprender una diversidad de actuaciones relativas a la constatación del hecho delictivo imputado, mediante la comprobación y averiguación del mismo y al acopio del material para su prueba y relativas también a la adopción de medidas de aseguramiento del resultado del fallo, se inicia ante el ejercicio de la acción penal persecutoria tutelando los derechos individuales que en todo ello resulten afectados, deduciendo en su caso**

---

<sup>104</sup> FRANCESCO Carnelutti

<sup>105</sup> JORGE Clariá Olmedo

***la correspondiente imputación judicial, para tras su conclusión decidirse sobre el sobreseimiento o la apertura del juicio oral***<sup>106</sup>.

Julio Maier señala *“La introducción (procedimiento preparatorio preliminar) es el período procesal cuya tarea principal consiste en averiguar los rastros-elementos de prueba- que existen acerca de un hecho punible que se afirmó como sucedido, con el fin de lograr la decisión acerca de si se promueve el juicio penal-acusación-o si se clausura la persecución penal-sobreseimiento”*.

Como podemos observar este tratadista reconoce el procedimiento preparatorio preliminar, cuyo tema consiste en realizar averiguaciones por parte de la fiscalía acerca de un hecho punitivo, sin diferencial el hecho que se establece como delito.

Pero así también hay que definir y no dejar de lado lo que el peculado y como lo establecen algunos de los tratadistas, es así que comenzamos con la doctrina española que lo denomina *“malversación de caudales públicos”* pues, *aduce que el término cubre genéricamente las distintas modalidades que el delito comprende. Los autores italianos, a su vez, usan el vocablo “peculado”, derivación del derecho romano que definió el delito como “pecuniae aut sacre fortum” y matizan una diferencia entre peculado y malversación, al designar por esta última la modalidad que recae sobre objetos que no son de pertenencia pública*<sup>107</sup>.

---

<sup>106</sup> JOSÉ Antonio Martín y Martín

<sup>107</sup> MAGGIORE. Giuseppe. Derecho Penal. Parte Especial. Vol. III. Editorial Temis. Bogotá, 1955, pág. 167

Opinamos que resulta mas adecuada la denominación de malversación, que al tenor de la tónica seguida en la doctrina española, se ajusta, etimológicamente, a las diversas formas que puede presentar el ilícito, que comprende tipos penales en los que no existe apropiación de los fondos públicos, sino uso indebido o aplicación a fines diversos de los previstos.

Ase también para Jimenez Huerta, En su libro La Tipicidad. Establece que ***“El legislador construye los tipos delictivos en virtud de un proceso lógico de generalización, tomando algunas notas comunes a una serie de hechos reales, diferentes en muchas otras circunstancias. Este proceso lógico de generalización va precedido de un juicio de valoración de las conductas humanas en relación con las normas y fines del derecho”***<sup>108</sup>

Este tratadista reconoce los tipos delictivos en virtud de un proceso lógico asiendo así que el peculado sea un delito hacia el estado propiamente dicho reconociendo que al cometerse es potestad de la fiscalía el dar inicio a la investigación.

En este breve trabajo, se pretende solamente, dar a conocer las opiniones de algunos autores sobre el enriquecimiento ilícito es así que para Ernesto Sábato menciona que: ***"Miles de hombres se desviven trabajando, cuando pueden, acumulando amarguras y desilusiones, logrando apenas sostenerse un día más en la precaria situación mientras casi no hay individuo que tras su paso por el poder no haya cambiado, en apenas***

---

<sup>108</sup> JIMENEZ HUERTA, Mariano. La Tipicidad. Editorial Porrúa, S.A, México, D.F. 1955. pág. 45.

***meses un modesto departamentito por una lujosa mansión con entrada para fabulosos autos.¿cómo no les da vergüenza?... "***<sup>109</sup>

A juicio de ABANTO VASQUEZ, si se dice que el tipo penal de enriquecimiento ilícito tiene carácter subsidiario ***“cedería ante otros delitos contra la administración pública es lógicamente innecesario demostrar en concreto el origen ilícito (punible o no) del enriquecimiento”***<sup>110</sup>. Decir que solamente sería aplicable cuando se tratase de incrementos patrimoniales provenientes de un “cohecho” o cualquier otro delito contra la administración pública, estaría presuponiendo la no aplicación del “enriquecimiento ilícito” sino de las otras figuras delictivas. Pero además, si se admitiera la total autonomía del tipo de enriquecimiento ilícito, se atentaría contra el principio de *ne bis in idem*, ya que se sancionaría más de una vez a la misma persona por el mismo delito cometido, “una vez por delito de ‘enriquecimiento ilícito’, y otra por el delito principal contra la administración pública”

En sentido contrario se ha pronunciado GALVEZ VILLEGAS, quien afirma que ***“en nuestra legislación no existe razón alguna para sostener que éste sea un tipo subsidiario, así las interpretaciones en tal sentido se deberían más a que muchos de los autores nacionales habrían asumido opiniones propias de doctrinas extranjeras sin haber constatado las diferencias estructurales con la legislación nacional”***<sup>111</sup>. De esta manera, a su entender

---

<sup>109</sup> Ernesto Sábato (La resistencia)

<sup>110</sup> Ver ABANTO VASQUEZ, Manuel. Los delitos contra la administración pública en el CP peruano. Palestra, Lima, 2001, pp. 484-486.

<sup>111</sup> GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. Delito de enriquecimiento ilícito. Idemsa, Lima, 2001, p. 188.

debe admitirse la posibilidad de concurso ideal entre el enriquecimiento ilícito y otros delitos que se estructuren a partir de elementos objetivos como recibir, aceptar, etc., bienes o ventajas patrimoniales, o apropiarse de bienes o derechos.

Frente a esta disyuntiva, debería consignarse expresamente en el tipo penal de enriquecimiento ilícito su carácter subsidiario y establecerse una pena necesariamente menor que la de otros delitos, como el cohecho o el peculado, que ya implican la lesión del bien protegido.

## **8. METODOLOGÍA**

Para la realización del presente trabajo investigativo utilizaré los distintos métodos, procedimientos y técnicas que la investigación científica proporciona, es decir, las formas o medios que nos permiten descubrir, sistematizar, enseñar y aplicar nuevos conocimientos a través de los métodos científico, inductivo y deductivo.

### **MÉTODOS**

EL MÉTODO CIENTÍFICO, es el instrumento adecuado que permite llegar a conocimiento de los fenómenos que se producen en la naturaleza y en la sociedad.

EL MÉTODO DEDUCTIVO, nos permitirá conocer la realidad del problema a investigar partiendo de lo general, para llegar a conclusiones de carácter particular.

EL MÉTODO INDUCTIVO, nos servirá fundamentalmente para tomar un caso en sí, y, a través de él, llegar a conclusiones de carácter general, es decir, es el método formar más utilizado en el campo de la investigación, por cuanto se parte de los hechos para llegar a las leyes.

También me basaré en el MÉTODO MATERIALISTA HISTÓRICO el cual nos permitirá conocer el pasado del problema sobre su origen y evolución, y así contrastar con la realidad en la que actualmente nos desenvolvemos.



MÉTODO DESCRIPTIVO, nos compromete a realizar una descripción objetiva de la realidad actual en la que se desarrolla el problema y así demostrar las dificultades existentes en nuestra sociedad.

EI MÉTODO ANALÍTICO, nos servirá para estudiar el problema enfocando el punto de vista social, jurídico, político, económico y analizar sus efectos.

### **PROCEDIMIENTOS Y TÉCNICAS**

Como técnicas de investigación para la recolección de la información se utilizará fichas bibliográficas, nemotécnicas de transcripción y nemotécnicas de comentarios con la finalidad de recolectar información doctrinaria.

También se aplicará la técnica de la encuesta, que serán aplicadas en un número de veinte y siete abogados en libre ejercicio profesional, y realizare encuestas a tres profesionales especializados en la materia como son jueces, fiscales y abogados, y de esta forma me Facilitará un mejor entendimiento sobre el estado real de las situaciones que se ven a diario vivir respecto a la problemática de esta investigación. Se aplicará a un número de tres personas especialistas en el tema penal, con preguntas de carácter abiertas, con lo cual se conoce cuál es la realidad social con respecto al tema Investigado.

## 7. CRONOGRAMA

FECHAS ACTIVIDAD	Febre-16				Marzo-16				Abril -16				Mayo-16			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
Análisis de la situación	x	x														
Recopilación bibliográfica			X													
Desarrollo del proyecto de investigación			X													
Corrección del proyecto				x												
Presentación del proyecto definitivo					x											
Acopio científico de la información bibliográfica					x	x	x									
Presentación, análisis y confrontación de los resultados de la investigación								x								
Verificación de los objetivos e hipótesis									x							
Concreción de las recomendaciones y conclusiones propuestas									x							
Redacción del informe final										x						
Comunicación del informe final											x	x	x			
Exposición y defensa														x	x	x

## 9. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO

### 9.1. RECURSOS HUMANOS

Director de tesis: Por designarse

Encuestados: 27 personas seleccionadas por muestreo

Entrevistados: 3 profesionales del Derecho

Postulante: .....

### 9.2. RECURSOS MATERIALES Y COSTOS

<b>Materiales</b>	<b>Valor</b>
Libros	150,00
Separatas de texto	30,00
Hojas	40,00
Copias	60,00
Internet	120,00
Levantamiento de texto, impresión y encuadernación	350,00
Transporte	150,00
Imprevistos	200,00
<b>Total</b>	<b>1.100,00</b>

### 9.3. FINANCIAMIENTO

Los egresos económicos ocasionados por el desarrollo del trabajo investigativo, serán financiados por la postulante.

## 10. BIBLIOGRAFÍA.

- Constitución de la República del Ecuador (20-10-2008), Registro Oficial # 449, Publicación Oficial De La Asamblea Nacional Del Ecuador
- Código Orgánico Integral Penal, Suplemento del Registro Oficial 180, del lunes 10 de febrero de 2014, Última modificación: 12-sep.-2014, Publicación Oficial De La Asamblea Nacional Del Ecuador
- Diccionario Enciclopédico (1999) Edit. Grijalbo, México D. F.
- Diccionario Enciclopédico Cabanellas, segunda edición.
- Páginas Fiel Web:
- SALVADOR Orizaba Monroy, Diccionario Jurídico ABC Definición de pericia, edición 1, 2008
- DICCIONARIO de la Lengua Española, Real Academia Española, vigésima segunda edición. Grupo editorial Planeta S.A.I.C...
- Definición de abuso - Qué es, Significado y Concepto <http://definicion.de/abuso/#ixzz46C9RGG6V>
- Diccionario de términos Jurídicas, abril 20, 2010
- Concepto de abuso - Definición en DeConceptos.com
- <https://definiciona.com/apropiar>
- MAGGIORE. Giuseppe. Derecho Penal. Parte Especial. Vol. III. Editorial Temis. Bogotá, 1955, pág. 167
- JIMENEZ HUERTA, Mariano. La Tipicidad. Editorial Porrúa, S.A, México, D.F. 1955. pág. 45.

## 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
ABSTRACT.....	3
3 INTRODUCCIÓN.....	6
4 REVISIÓN DE LITERATURA .....	10
MARCO CONCEPTUAL.....	10
MARCO DOCTRINARIO.....	43
MARCO JURÍDICO.....	60
LEGISLACIÓN COMPARADA.....	74
5 MATERIALES Y MÉTODOS.....	80
6 RESULTADOS.....	82
7 DISCUSIÓN.....	89
8 CONCLUSIONES.....	95
9 RECOMENDACIONES.....	97
9.1PROPUESTA DE REFORMA.....	98
10BIBLIOGRAFÍA.....	101
11ANEXOS.....	106
12INDICE.....	149