

CERTIFICACION

Yo, Renato del Campo, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Del Pacífico, como Director del presente Trabajo de Conclusión de Carrera, certifico que los señores Rubén Barreiro y Aldo Verdelli, egresados de esta Institución, son autores exclusivos del presente trabajo, el mismo que es autentico, original e inédito.

Guayaquil, Febrero del 2012.



Dr. Renato del Campo
Director de TCC

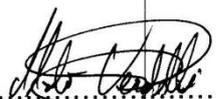
DECLARACION DE AUTORIA

Rubén Barreiro y Aldo Verdelli, declaramos ser los autores exclusivos del presente Trabajo de Conclusión de Carrera.

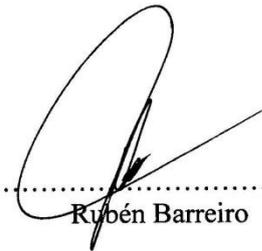
Todos los efectos académicos y legales que se desprendieren del mismo son de mi responsabilidad.

Por medio del presente documento cedemos nuestros derechos de autor a la Universidad del Pacífico –Escuela de Negocios – para que pueda hacer uso del texto completo del Trabajo de Conclusión de Carrera “**Delitos Contra la Administración Pública, Perspectivas Constitucionales y Alcance al Derecho de Repetición**” con fines académicos y/o de investigación.

Guayaquil, Febrero del 2012.



Aldo Verdelli



Rubén Barreiro

DOCUMENTO DE CONFIDENCIALIDAD

La Universidad Del Pacífico, se compromete a no difundir públicamente la información establecida en el presente Trabajo de Conclusión de Carrera "**Delitos Contra la Administración Pública, Perspectivas Constitucionales y Alcance al Derecho de Repetición**", de autoría de los estudiantes Aldo Verdelli y Rubén Barreiro, en razón que ésta ha sido elaborado con información confidencial.

Cinco copias digitales, de este Trabajo de Conclusión de Carrera quedan en custodia de la Universidad Del Pacífico, las mismas que podrán ser utilizadas para fines académicos y de investigación.

Para constancia de este compromiso, suscribe

Guayaquil, Febrero del 2012.



Dra. Martha Vallejo
DECANA FACULTAD DE DERECHO

**UNIVERSIDAD DEL PACIFICO
ESCUELA DE NEGOCIOS**

**FACULTAD DE DERECHO
RAMIRO BORJA Y BORJA**

**TRABAJO DE INVESTIGACION DE CONCLUSION DE
CARRERA**

**“DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA,
PERSPECTIVAS CONSTITUCIONALES Y ALCANCE AL
DERECHO DE REPETICION”**

AUTORES:

ALDO VERDELLI Y RUBEN BARREIRO B.

TUTOR:

DR. RENATO DEL CAMPO

GUAYAQUIL, ENERO DE 2012

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
El Bien Jurídico.....	5
Sujetos.....	6
Funcionario Público.....	9
I. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, CAPÍTULO UNO, MALVERSACIÓN DE FONDOS PÚBLICOS	11
I.A. Bien Jurídico Protegido.....	11
I.B. Tipo Objetivo.....	14
I.C. Sujeto Activo.....	15
I.D. Tipo Subjetivo.....	17
I.E. Antijuridicidad.....	18
I.F. Consumación y Tentativa.....	18
I.G. Caso Práctico.....	18
II. CAPÍTULO DOS, PECULADO	24
II.A. Bien Jurídico Protegido.....	24
II.B. Antecedentes legislativos.....	24
II.C. Tipo Objetivo.....	30
II.D. Tipo Subjetivo.....	32
II.E. Consumación y Tentativa.....	32
II.F. Autoría.....	33
II.G. Perspectiva Constitucional.....	34

II.H.	Caso Práctico.....	35
III.	CAPÍTULO TRES, COHECHO.....	37
III.A.	Bien Jurídico Tutelado.....	37
III.B.	El tipo penal del Cohecho Pasivo.....	38
III.C.	El Tipo Objetivo.....	38
III.C.a.	Las Conductas Descritas Por La Ley.....	39
III.C.b.	La Dádiva y su valor económico.....	40
III.C.c.	La proporcionalidad de la dádiva.....	41
III.C.d.	La Promesa.....	41
III.D.	El Tipo Subjetivo.....	42
III.F.	Sujeto activo. Autoría.....	42
III.G.	Consumación.....	43
III.H.	Cohecho Agravado.....	43
III.H.a.	Tipo Agravado.....	44
III.H.b.	Tipo Objetivo.....	44
III.H.c.	Tipo Subjetivo.....	45
III.H.d.	Sujeto Activo. Autoría.....	46
III.I.	Cohecho Activo.....	47
III.I.a.	Bien Jurídico Protegido.....	47
III.I.b.	Tipo Objetivo.....	47
III.I.b.i	El Cohecho Activo y su relación con el Cohecho Pasivo.....	47
III.I.b.ii	Comportamientos Típicos.....	48
III.I.c.	Tipo subjetivo.....	49

III.I.d.	Sujeto activo. Autoría.....	49
III.I.e.	Consumación.....	50
III.I.f.	Tentativa.....	50
III.J.	Caso Práctico.....	50
IV.	CAPÍTULO CUATRO, ENRIQUECIMIENTO ILICITO.....	55
IV.A.	Bien Jurídico Protegido.....	55
IV.B.	Tipo Objetivo	56
IV.B.a.	El enriquecimiento. Los requisitos de su magnitud y ubicación temporal.....	57
IV.C.	El Sujeto Activo.....	58
IV.D.	Consumación y Tentativa.....	58
IV.E.	Tipo Subjetivo.....	58
IV.F.	Antijuridicidad.....	59
IV.G.	Atribuibilidad.....	60
IV.H.	Caso Práctico.....	60
V.	CAPÍTULO CINCO, COLIGACIÓN.....	65
IV.A.	Bien Jurídico Tutelado.....	65
V.B.	Tipo Objetivo	65
V.C.	Tipo Subjetivo.....	67
V.D.	Autoría.....	67
V.E.	Consumación y Tentativa.....	68
VI.	CAPÍTULO SEXTO, CONCUSIÓN.....	69
VI.A.	Bien Jurídico Protegido.....	69
VI.B.	Tipo Objetivo.....	70

VI.C.	Sujeto Activo.....	71
VI.D.	Sujeto Pasivo.....	71
VI.E.	Tipo Subjetivo.....	72
VI.F.	Tentativa y Consumación.....	73
VI.G.	Caso Práctico.....	73
VII.	CONCLUSION Y APORTACION DELITOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	76
VII.A.	Relaciones entre el Derecho Administrativo, el Derecho Constitucional y el Derecho Privado.....	81
VII.B.	Relaciones Del Derecho Administrativo Con Otras Ramas Del Derecho Y Otras Ciencias Sociales.....	82
VII.C.	El Marco Constitucional Ante Delitos En La Administración Pública, Tutela Judicial	84
VII.D.	La Administración Pública.....	87
VII.E.	El Acto Administrativo.....	89
VII.F.	La discrecionalidad.....	90
VII.G.	La motivación.....	91
VII.H.	Finalidad Del Acto Discrecional.....	92
VII.I.	Clases de Actos Administrativos.....	93
VII.J.	Notificación.....	94
VII. K.	Impugnación de los Actos Administrativos.....	94
VII.L.	Actos de Simple administración.....	95
VII.M.	Actos Jurídicos Normativos.....	96

VII.N.	Extinción y reforma de los actos administrativos.....	97
VII.O.	La Competencia Administrativa.....	99
VII.P.	Reclamos y Recursos Administrativos.....	102
VII.Q.	La Jurisdicción Contenciosa Administrativa.....	106
VII.R.	Derechos y Procedimientos de los Administrados.....	108
VII.S.	Aportación.....	114
VII.S.a.	Proyecto de ley orgánica de la administración pública del Ecuador.....	117
BIBLIOGRAFÍA	130

INTRODUCCIÓN

Las normativas relacionadas con los efectos de los actos de la administración pública, que es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa por una funcionaria o funcionario público, que cumple dichas tareas en la Administración Pública y que afectan derechos subjetivos del administrado o usuario. Que son los denominados Actos de simple administración, que son toda declaración unilateral interna o inter orgánica, realizada en el ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma indirecta en vista de que solo afectan a los administrados a través de los actos, reglamentos, resoluciones y hechos administrativos, dictados o ejecutados en su consecuencia.

Dicha normativas se encuentran dispersas en diferentes leyes del sistema jurídico ecuatoriano, principalmente en la Constitución, al establecer el procedimiento administrativo primario, como es la impugnación del acto administrativo que tiene el administrado. La impugnación pueden hacerla las personas naturales o jurídicas que se consideran afectadas directamente por las disposiciones de actos normativos o por los actos de ejecución de los mismos, podrán pedir su derogatoria. Es decir que comienza articularse dicho acto por la sede administrativa, para lo cual tienen las herramientas de los recursos de reposición; recurso de apelación; recurso extraordinario de revisión; y, puede darse la revocatoria de actos administrativos y rectificación de errores. Que se encuentran señalados en el Estatuto Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Que también se refiere a la sede judicial, cuando no se ha logrado un acuerdo o no se ha resuelto un recurso por la vía administrativa, se entiende agotada esta etapa para pasar entonces a la cuerda judicial que es las Salas de lo Contencioso Administrativo.

En lo que se refiere a la Ley Orgánica del Servicio Público encontramos lo referente al Régimen disciplinario de la servidora o servidor público que incumpliera sus obligaciones.

En cuanto a delitos penales algunos de ellos, señalados en la Constitución como el peculado, cohecho, concusión, y enriquecimiento ilícito los mismos que están definidos en el Título III del Código Penal de los Delitos contra la Administración Pública.

Entonces planteamos la necesidad de una Ley de la Administración Pública, en la que se defina los principios generales de las mismas; los actos administrativos; quienes componen la administración pública a la que le es aplicables esta ley; el proceso que se debe seguir en la sede administrativa y de agotarse la vía administrativa iniciar la acción legal pertinente en la sede judicial; que es lo Contencioso Administrativo; que han tenido como causa de un acto administrativo que han afectados derechos subjetivos de los usuarios, sea por omisión, no observancias de normativas administrativas y/o negligencia; de dársele la razón al usuario este puede seguir la vía judicial civil reclamando daños y perjuicios como lucro cesante; si ello procede, el Estado tendrá el Derecho a la Repetición contra el funcionario que actuó y mostro negligencia, omisiones; y, la no observancia de normativas administrativas; a fin de que este responda con su patrimonio, para que el Estado no sea perjudicado.

En lo que se refiere a los delitos penales esto están claramente identificados y debe cumplir en apegos a las leyes conexas, Código Penal y Código de Procedimiento Penal.

Es decir con el proyecto de ley de la Administración Pública estamos uniformado criterio de procedimientos, actos administrativos susceptibles de recursos y lo contención administrativo que tendrá efectos civil; y, en lo penal lo mismo.

Este Proyecto de Ley, debe ser presentado conforme al Art.132 de la Constitución a la Asamblea Nacional como norma de interés común, en este caso de los usuarios y Art.134 de la Constitución que, señalan quienes tienen la iniciativa para presentar proyectos de ley; y, el art. 136 de la Constitución que se refiere que los proyectos de ley deberán referirse a una materia y serán presentados al Presidente de la Asamblea, con la suficiente exposición de

motivos, el articulado que se proponga y al expresión clara de los artículos que con la nueva ley se derogan o se reformaran.

Por otra parte, es necesario que se tengan nociones del concepto de Administración Pública, Funcionario Público, y el Bien Jurídico que protege la norma penal, en esta clase de delitos.

El título III de la parte especial del Código penal ecuatoriano, abarca doce capítulos, además de un capítulo innumerado, en los que quedan comprendidos los delitos en la administración pública debidamente establecidos y obviamente tipificados.

Argibay Molina¹, señala que los autores en general, no han examinado los delitos contra la administración pública con la misma profundidad que han puesto para el análisis de otras figuras delictivas. La diferencia se explica bajo las siguientes circunstancias:

- a) El estudio autónomo y la sistematización de los delitos contra la administración pública tuvieron comienzo recién cuando los soberanos absolutos fueron remplazados por otros sistemas de gobierno y comenzó la distinción entre Nación, Estado y Administración;
- b) Algunos de estos delitos carecen de lo que Carrara llama “malignidad”, que representan los delitos que este autor menciona como “naturales” por oposición a los “sociales”;
- c) El distinto lugar que se ha asignado en la doctrina y en las leyes a las acciones que el Código penal ecuatoriano agrupa bajo el epígrafe señalado;
- d) La dificultad que de todo ello surge para el debido estudio de los diferentes delitos que se originan en la administración pública.

¹ “Consideraciones sobre el delito de atentado a la autoridad”. Revista de Derecho Penal y Criminología. Nº 3 (1969)

Al referirse a la administración pública, la ley no está protegiendo al Estado o a la Nación misma, sino al normal funcionamiento de los órganos del sector público. Está claro que este concepto se refiere al poder público que tiene a su cargo la obligación de velar por los intereses generales, conservar el orden, tutelar el Derecho y facilitar el desenvolvimiento de las actividades lícitas. Pero también está claro que la expresión no está utilizada por el ordenamiento penal en la acepción técnica, que antes hemos intentado definir, y que es de la esencia del Derecho Administrativo, sino que adquiere una actitud ciertamente mayor. El término engloba en su significado a la esfera de gobierno del Estado, entendiéndose con ello a todas las funciones (ejecutiva, legislativa, judicial, transparencia y control social y electoral), así como a todas las actividades que el Estado realice en cumplimiento de finalidades públicas.

La protección de esta ley se extiende tanto a sobre las funciones administrativas propiamente dichas como sobre las otras funciones del Estado. Así que el concepto que nos brinda el Título III de nuestro Código penal sobre administración pública es muy amplio: es el gobierno del Estado totalmente integrado por los poderes o que el Estado atrajo a su esfera por razones prácticas y en orden a finalidades públicas, sea que las realice con organismos específicamente administrativos o por medio de organismos autónomos, aun cuando estos constituyan entidades jurídicas y en ellos intervengan particulares con sus aportes.

Dentro de la idea expuesta es posible ver las cosas desde dos puntos de vista que son motivo de igual interés y protección jurídica: de una parte la necesidad de asegurar la correcta conducta de los funcionarios públicos, como también el incumplimiento de sus deberes, que entorpecen la regularidad funcional de los órganos del Estado; de otra parte, la actitud de los particulares, que no debe obstruir ese normal funcionamiento. Pero, también en algunos casos,

el delito puede ser indistintamente la acción de los unos o los otros, y, en fin, en determinados supuestos.

El Bien Jurídico Protegido

Si bien la doctrina distingue entre dos grupos de delitos que pueden llegar a cometerse en este ámbito, que son: aquellos delitos que puede cometer el funcionario en relación con el cargo que tiene y los delitos que puede cometer el funcionario, pero que no tienen una relación estricta con el cargo o la función que tiene, hay coincidencia en sostener que sólo se puede hablar de un bien jurídico específico en el primero de los grupos, ya que en el segundo será el bien jurídico violentado que constituye el delito que comete el funcionario, sin otra particularidad que se podrá agravar por la calidad del autor. Y también es coincidente la doctrina al afirmar que la esencia de los delitos de funcionario está dada por el abuso de la autoridad como violación del deber del funcionario. Y en parte como un ataque contra la ética del ejercicio del cargo, parte como un peligro en el hacer del funcionamiento de la administración del Estado, y otra parte como un ataque interno contra la facultad administrativa del Estado. Pero en general se puede afirmar, y volvemos a Maurach, que el bien jurídico es la fidelidad a la pureza de la función pública.

En este punto no debe dejarse de analizar los llamados delitos de infracción de deber o de funciones, que han sido elaborados, en su concepto básico, por Roxin. La esencia de estos delitos consiste en la infracción de un deber, esto es la violación de las exigencias derivadas del papel o de la función social que desempeña. Y precisamente la violación de este deber es lo que fundamenta la autoría.

No se podría terminar el concepto de bien jurídico, sin hacer una referencia a lo afirmado por Molinario y Aguirre Obarrio². Señalan estos autores, como antecedentes históricos de estos delitos, que la aglutinación de tipos penales en torno a la administración pública tiene su origen en el Código de Toscana de 1853. Luego es tomado por la legislación de Holanda de 1881 y de allí pasa al Código Zanardelli, de Italia de 1891. Éste sirve de fuente para el proyecto de 1891, el de 1906, y finalmente el de Rodolfo Moreno y el Código de 1921. Pero el concepto más importante está en que afirman que en la base de estos delitos está la idea napoleónica que tiene como fundamento un binomio compuesto por la administración pública y el Derecho Administrativo, que lleva a agrupar los delitos de los funcionarios y los delitos contra los funcionarios públicos. Como Napoleón armó la administración, pero no su concepto, "se apeló a la pauta subjetiva (el funcionario), pues es la que primero se presenta al espíritu". Y por eso aciertan los autores antes citados en afirmar que sobre este punto poco se avanzó, salvo la referencia en los códigos modernos a la noción de función.

Por eso definen al bien jurídico como "el normal y continuo funcionamiento de los órganos que explicitan las funciones del Estado: la actuación legal y no perturbada de las personas que en ella actúan y el decoro de aquéllas y de éstas". Bien dice Aguirre Obarrio que también puede utilizarse la palabra prestigio, que era la empleada por Molinario, y que a nuestro entender es la que la doctrina italiana ha manejado.

Sujetos

El Código en el título bajo estudio ha tipificado conductas que si bien pueden, en algunos casos, ser cometidas tanto por funcionarios públicos como por particulares, siguiendo el criterio napoleónico antes explicado, en su gran mayoría describe tipos penales que exigen un

²Molinario, Alfredo J. & Eduardo Aguirre Obarrio. Los Delitos. Tomo III. Buenos Aires: Editorial Tea, 1999. 184-185 p.

autor calificado, que lleva a que se especialice el delito, siendo este sujeto el funcionario público. En otras palabras, se trata de los llamados delitos especiales propios.

En estos delitos la autoría se limita al círculo de las personas cualificadas o autores idóneos mencionados en el tipo, mediante los elementos descriptivos especiales del sujeto del hecho. De manera que el extraño no puede ser autor de estos hechos punibles ni como autor directo, ni como autor mediato, ni como coautor.

En palabras de ³Gracia Martín, "por lo menos en la producción de un resultado y, cuando así se requiera por el tipo, en que ese resultado derive de una concreta modalidad de acción. Como consecuencia lógica no podría tampoco, distinguirse entre delito consumado y tentativa, ya que la infracción al deber es lo que constituye lo injusto de tales delitos".

La crítica de Gracia Martín se sintetiza con sus palabras: "en los delitos especiales puede afirmarse y no hay que desconocer el hecho de que la infracción de un deber es un elemento del tipo. Pero, contrariamente a lo que se sostiene por un amplio sector doctrinario, inspirándose en Roxin, creo que la lesión de un deber extrapenal -formalizado o no puede ser a lo sumo indicio de la tipicidad de lo injusto especial".

El autor calificado se encuentra en una relación especial con el bien jurídico protegido. Explica el autor que existen bienes jurídicos primarios, cuya agresión está al alcance de cualquier persona. Por el contrario, hay otros bienes jurídicos que no se encuentran a disposición de cualquiera, y que cumplen sus funciones en estructuras cerradas, limitadas, a las que no tienen acceso todos los individuos, sino sólo los habilitados. A esta relación entre estos bienes jurídicos y las personas habilitadas para agredirlos o respetarlos Gracia Martín la llama "relación de dominio", pues su fundamento se encuentra en la posición de poder que detentan determinados sujetos sobre determinados bienes jurídicos.

³ Donna, Edgardo. Teoría del delito y de la pena. 2ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1995. 19 p.

Así por ejemplo, la acción típica del delito de prevaricato judicial es 'dictar sentencia injusta'. Pero dicha acción de agresión al bien jurídico protegido -la recta administración de justicia- sólo puede realizarla el sujeto que ostente la calificación de juez, porque sólo él tiene acceso a ese bien jurídico. Sólo un juez puede dictar una sentencia injusta. Y por pasiva, una sentencia injusta puede ser dictada sólo por un juez".

Funcionario Público

La mayoría de los delitos enmarcados dentro de este Título III de la parte especial del Código Penal, conllevan el requisito de que deben ser cometidos por sujetos que tienen determinada calidad de derecho público (por ejemplo un funcionario público, un encargado de un servicio público, o una persona que desempeña un servicio de necesidad pública) o de derecho privado (por ejemplo un depositario, un propietario), o también otra calidad particular (por ejemplo un militar o un agente de la fuerza pública).

Esto hace indispensable explicar las nociones de estas calidades jurídicas subjetivas, que poseen los funcionarios públicos, encargados de un servicio público y de persona que desempeña un servicio de necesidad pública, a las cuales está dedicado este título.

La ley penal ecuatoriana no define lo que es un servidor o funcionario público, o no expresa cual es el ámbito de extensión de la palabra funcionario público, por lo que tendremos que remitirnos a la Constitución Política del Ecuador, que en su Art. 229 dice: *“Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.”*

Puede sostenerse que es funcionario público el empleado del Estado o de otra entidad pública del Estado, o también la persona, aun privada, que desarrolla su actividad para proveer a la satisfacción de las necesidades del Estado o de otra entidad pública, sea como fin mediato,

por ejemplo la actividad administrativa. Y, por consiguiente, que son funcionarios públicos, en cuanto atañe a la ley penal, no solo los sujetos que desarrollan una función en el ámbito legislativo o de la jurisdicción, sino también en los órganos del Estado, ya sean personas privadas, que desarrollan una función en el ámbito de la administración, con tal que esté dirigida a proveer a la satisfacción de necesidades de la vida del Estado o de otra entidad pública.

La cuestión es, en principio, analizar qué es un funcionario público dentro del tipo penal, ya que, se trata de calificar al autor. Por ende, no hay duda en aceptar que la calidad de "funcionario público" del autor es un elemento normativo del tipo, entendiendo éste como aquellos elementos que "sólo pueden ser representados y concebidos bajo el presupuesto lógico de una norma".

La conceptualización es útil a los efectos de situar el concepto, aunque bien se sabe que esta distinción tampoco es tajante, de acuerdo a la doctrina actual.

El concepto de funcionario es jurídico, y eso lo convierte, sin duda alguna, en un concepto normativo. Si se pudieran dar los requisitos que debe tener un funcionario, se podría afirmar que es aquella persona que:

- Está adscrita a la administración pública;
- Tiene una relación de profesionalidad, en el sentido que desempeña una labor dentro de la administración;
- Tiene una remuneración por parte de la administración pública;
- Tiene un régimen jurídico administrativo propio.

De todas formas, es lógica la doctrina en afirmar que la participación del funcionario en la función requiere algo más, esto es, el ejercer de acuerdo a la llamada concepción real-funcionalista que es la adecuada al orden legal-penal.

Sin embargo, la base para poder precisar el concepto está en la legalidad. Así, quien entra en la función pública, sin los requisitos exigidos para el cargo, lleva a que esa incorporación sea nula, y la persona sea considerada como un intruso, debiendo calificarse su actuar como arbitrario dentro de la función.

Con lo cual, y como es obvio, el problema se traslada a qué se entiende por función pública. En síntesis se puede afirmar que el concepto de funcionario público es funcional. En primer lugar, se debe recurrir a lo dispuesto por la ley 24.759, que incorpora la Convención Interamericana de la OEA contra la corrupción, del 29 de marzo de 1996, que define al funcionario público de la siguiente forma: "funcionario público", "oficial gubernamental" o "servidor público", será cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

En segundo lugar, debe tratarse de un sujeto adscrito, que cobre un sueldo y que ocupe un lugar dentro de la administración pública (relación de profesionalidad). En tercer lugar, habrá que analizar, en cada caso concreto, si el sujeto, por su cercanía con el bien jurídico protegido en el tipo penal, tiene capacidad funcional para afectarlo.

Es decir, si en su relación con el bien jurídico, la persona se encuentra obligada a su cuidado y, por ende, por esa relación directa, puede lesionarlo, afectarlo o violarlo. De esta manera, poco importa si la persona es funcionario o empleado, sino que, si por su posición y sus deberes puede afectar directamente al bien jurídico protegido por las normas en cuestión.

DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

CAPITULO I

I. MALVERSACIÓN DE FONDOS PÚBLICOS

I.A. Bien Jurídico Protegido

En principio el bien jurídico protegido es el mismo ya analizado ut supra; adentrándose en la terminología característica de las figuras contempladas en este capítulo explica Maggiore que peculado proviene de *peculare*: robar el peculio ajeno. La raíz común de "peculio" y de "pecunia" (dinero) es pecus: ganado, sinónimo de riqueza en pueblos como el romano, que fundaban su ordenamiento económico de modo principal en el pastoreo.

Para Creus, el bien jurídico es la regularidad del desarrollo de las actividades patrimoniales del Estado, pero aclara que no se protege específicamente la propiedad de los bienes, sino la seguridad de su afectación a los fines para los cuales se los ha reunido. Lo que se quiere lograr es el cumplimiento de las leyes y reglamentos que rigen el manejo de esos bienes, su administración y disposición⁴.

En síntesis, lo que se protege dentro de este capítulo es la sujeción del funcionario a la ley, ya que en un Estado de Derecho los bienes públicos como tales deben estar regidos por el presupuesto de la Nación básicamente, como ley del Congreso, y no por la voluntad del funcionario público.

Por eso puede afirmarse la existencia de una cercanía que tiene este tipo penal, a nuestro juicio, con la administración fraudulenta, aunque no es necesario, como se verá en algunos tipos penales, el daño a la administración pública.

⁴ Creus, Carlos. Delitos contra la Administración Pública. Buenos Aires: Astrea, 1981. 311-312 p.

“Art. 257.- Se entenderá por malversación la aplicación de fondos a fines distintos de los previstos en el presupuesto respectivo, cuando este hecho implique, además, abuso en provecho personal o de terceros, con fines extraños al servicio público.

Están comprendidos en esta disposición los servidores que manejen fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los bancos estatales y privados. Igualmente están comprendidos los servidores de la Contraloría General y de la Superintendencia de Bancos que hubieran intervenido en fiscalizaciones, auditorias o exámenes especiales anteriores, siempre que los informes emitidos implicaren complicidad o encubrimiento en el delito que se pesquisa.

Los culpados contra quienes se dictare sentencia condenatoria quedarán, además, perpetuamente incapacitados para el desempeño de todo cargo o función públicos; para este efecto, el juez de primera instancia comunicará, inmediatamente de ejecutoriado, el fallo a la Oficina Nacional de Personal y a la autoridad nominadora del respectivo servidor, e igualmente a la Superintendencia de Bancos si se tratare de un servidor bancario. El Director de la Oficina Nacional de Personal se abstendrá de inscribir los nombramientos o contratos otorgados a favor de tales incapacitados, para lo cual se llevará en la Oficina Nacional de Personal un registro en que consten los nombres de ellos.

La acción penal prescribirá en el doble del tiempo señalado en el Art. 101.”

“Art. 257A.- Serán reprimidos con reclusión de cuatro a ocho años las personas descritas en el artículo anterior que, abusando de sus calidades, hubieren actuado dolosamente para obtener o conceder créditos vinculados, relacionados o intercompañías, violando expresas disposiciones legales respecto de esta clase de operaciones. La misma pena se aplicará a los beneficiarios que dolosamente hayan intervenido para el cometimiento de este ilícito y a quienes hayan prestado su nombre para beneficio propio o de un tercero.”

“Art... Las personas elegidas por votación popular, los representantes o delegados del Presidente de la República y de otros funcionarios fiscales o municipales en organismos del Estado, autónomos o semiautónomos; los funcionarios, empleados o servidores públicos que de cualquier forma utilizaren beneficio propio o de terceras personas cuando éste signifique lucro o incremento patrimonial, trabajadores remunerados por el Estado o por las entidades del Sector Público o bienes del Sector Público, serán reprimidos con la pena de uno a cinco años de prisión y multa de ciento noventa a novecientos cincuenta y dos dólares de los Estados Unidos de Norteamérica”.

Art... Con la misma pena serán sancionadas las personas señaladas en el Art. anterior, que se hubieren aprovechado 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 hubiesen estado en su conocimiento o bajo su dependencia en razón o con ocasión del cargo que ejercen o hubiesen ejercido”.

Art... La misma pena señalada en los artículos anteriores se impondrá a las personas elegidas por votación popular, a los representantes o delegados y a los funcionarios, empleados o servidores públicos que aprovechándose de la representación popular o del cargo que ejercen se favorezcan o hayan favorecido a personas naturales o jurídicas para que, en contra de expresas disposiciones legales o reglamentarias, les hubiesen concedido contratos o permitido la realización de negocios con el Estado o con cualquier otro organismo del sector público.

Quedan comprendidos en la misma disposición anterior y sujetos a igual pena los directores, vocales o miembros de los organismos administradores del Estado o del Sector Público en

*general que, con su voto, hubiesen cooperado a la comisión del delito al que se refiere el inciso precedente*⁵"

I.B. Tipo objetivo

La acción consiste en dar a los caudales financieros o efectos una aplicación diferente de la que corresponde, de manera que el destino no es el establecido, sino otro, que arbitrariamente impone el funcionario, dentro de la esfera pública. Se trata de una desviación de las partidas asignadas, sin que medie sustracción, pues de existir ésta la acción típica se vería desplazada, encontrando su adecuación en el peculado.

La única referencia que hace la ley sobre este punto es la exigencia de que los caudales financieros o efectos sean aquellos, que administre el funcionario público. El problema, tal como lo ha hecho notar Creus, es saber cuándo un determinado bien puede ser calificado de público, habida cuenta de las diversas actividades económicas que el Estado Social de Derecho ha asumido.

En la doctrina argentina, han existido diversas posiciones tal como Carrera ha hecho notar.

Señala el autor que la protección abarcaba tanto al dinero público propiamente dicho como al privado depositado en la administración pública. Esta postura está prohijada por la interpretación que sostiene que la responsabilidad del Estado deviene no sólo de la pertenencia sino del lugar en donde se hallen los bienes.

Otra postura representada por Malagarriga consideraba suficiente que los bienes se hayan confiado al funcionario público o a la administración pública.

⁵ Código Penal Ecuatoriano Vigente

Otro sector encabezado por Ramos entendía que sólo en determinadas circunstancias los bienes privados equivalían a los públicos, posición que en el fondo, señala Carrera con acierto, no difiere de la anterior.

Una cuarta posición, con basamento estrictamente jurisprudencial, sostiene que los bienes deben pertenecer a la administración pública.

La esencia de la malversación consiste en que los bienes tengan un destino asignado por ley, reglamento u orden de autoridad competente.

Este destino puede ser genérico, por ejemplo, para el Poder Legislativo o el Poder Judicial; o específico, la compra de un bien en particular. La acción entonces consiste en cambiar el destino de los bienes, asignándole otro, aun dentro de la administración pública. Por tanto, si el bien no tiene un destino, no puede hablarse del delito de malversación. Un nuevo destino no implica que se gaste el dinero o los fondos o los bienes, ni tampoco que exista un perjuicio concreto para la administración pública en el sentido económico, ni menos aún que el funcionario tenga el dolo del perjuicio. El delito se consuma con la acción del funcionario público de darle a los caudales financieros o efectos un destino distinto al que tenían asignado. Y en esto radica la esencia del delito; el propósito es poner orden en la burocracia estatal y quitarle la posibilidad de que decida sobre los bienes del Estado⁶.

I.C. Sujeto Activo

Se trata de un delito especial propio, ya que sólo puede ser autor quien es funcionario público, y quien, por tanto, tiene a su cargo la administración de caudales o efectos.

⁶ Núñez, Ricardo. Derecho Penal Argentino, 2ª ed. Buenos Aires: Lerner, 1974. T. VII, 104 p. y Creus, Carlos. Ob. 7cit., p. 317.

Sin embargo, la ley no solamente requiere que se trate de un funcionario público sino que exista una relación especial entre el funcionario y los caudales o efectos. Para que se den los extremos del tipo penal de malversación el funcionario debe ser administrador de aquéllos. Esto significa que el funcionario debe tener el manejo y disposición de los bienes para aplicarlos a los fines que están determinados legalmente, aunque no tenga la posesión material de ellos⁷.

Pero no lo es el custodio de los bienes que no tenga carácter de administrador de ellos. Los ejemplos que se han puesto en doctrina son suficientemente claros. Por ejemplo, el funcionario que no es administrador de los caudales o efectos, y les asigna un destino distinto no puede ser autor de este delito, como ser el funcionario que no siendo administrador hace pedidos innecesarios para su oficina, o los pide para una oficina cuando son para otra.

Más claro es el ejemplo de Creus cuando afirma que no es administrador quien tiene la facultad de imputar los bienes pero no puede disponerlos; así el habilitado del tribunal o el presidente de la Corte Suprema, que pagan, pueden cometer este delito, pero no los ministros de la Corte que imputan los bienes. Si el habilitado o el juez del tribunal inferior le da a los bienes un destino distinto al que la Corte les fijó⁸, estaría incurso en el delito de malversación; es el caso juez que recibe dinero para la compra de útiles y, como le sobra, decide adquirir cortinas para su despacho.

En síntesis, se podrá entender la importancia del presupuesto general del Estado, que es la ley básica donde se asignan los recursos y a la que necesariamente deberá estar sujeto todo funcionario público.

Los funcionarios públicos que señala la disposición son:

⁷ Creus, Carlos. Ob. cit, 319 p.; Núñez, Ricardo. Ob. cit., T. VII, 108 p.; Soler, Claro. Ob. cit, T. 5, par. 143;

⁸ Creus, Carlos. Ob. cit., 318 p.

- Funcionarios públicos;
- Servidores que manejen fondos del IESS, o de los Bancos estatales o privados;
- Servidores de la Contraloría General del Estado y Superintendencia de Bancos que hubieran intervenido en fiscalizaciones auditorías o exámenes especiales, cuando funjan como cómplices o encubridores del delito;
- Funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de instituciones del sistema financiero nacional privado;
- Personas elegidas por votación popular, o delegados y representantes del Presidente de la República, funcionarios fiscales o municipales, funcionarios o servidores públicos, trabajadores remunerados por el Estado o por las entidades del sector público.

I.D. Tipo Subjetivo

El tipo penal requiere dolo directo en el sentido de que el sujeto debe saber el destino que tenían los bienes y el cambio que hace de ese destino.

El error elimina el tipo aunque sea vencible.

En este mismo sentido afirma Bielsa que "no siempre tiene carácter doloso la malversación que se realiza en la órbita de la administración pública, es decir cuando no se aplican caudales o efectos al servicio público o destino determinado por la ley⁹", y señala que el poder administrador es el que ejecuta la ley de acuerdo a las necesidades de la administración, lo que implicará que en ocasiones le dé el verdadero destino a los caudales o efectos interpretando la ley respectiva.

Así también que "la acción definida por el artículo 257 del Código Penal consiste en dar a los caudales administrados una aplicación diferente de aquella a que estuvieron destinados. Ello

⁹ Bielsa, Rafael. Tratado de Derecho Administrativo, S.I. S.n., 1958. T. III, 12 p.

requiere que exista una determinación presupuestaria legítima de destino de los fondos, porque sólo existiendo dicha determinación presupuestaria el funcionario puede aplicar los fondos a un destino diferente.

I.E. Antijuridicidad

Es posible que se den casos donde la acción típica de malversación esté justificada, como ser la necesidad de paliar los efectos de una inundación y que el funcionario deba enviar fondos que están destinados, por ejemplo, a deportes.

I.F. Consumación y Tentativa

El delito se consuma con la aplicación de los caudales o efectos a un destino distinto a los asignados por la ley, el reglamento o la orden administrativa. La utilización consiste en darle al bien un destino distinto al que tenía.

El delito admite tentativa, que sería el caso en que el autor comience a realizar actos para cambiar el destino de los bienes y no pueda hacerlo por razones ajenas a su voluntad. Para Creus se trata de un delito de peligro que tiene un resultado material, motivo por el cual también admite la tentativa¹⁰.

I.G. Caso Práctico

A continuación, como ejemplo de malversación de fondos, consta una exposición cronológica de acontecimientos que rodearon, uno de los casos de corrupción más polémicos que se hayan

¹⁰ Creus, Carlos. Ob. Cit. 318 p.

suscitado en la vida republicana de nuestro país, sobre todo en la época contemporánea. Este es el caso de los Gastos Reservados del Economista Alberto Dahik.¹¹

“CRONOLOGIA DEL CASO DAHIK

Publicado el 10/Diciembre/1995 | 00:00

Quito (Ecuador). 12 oct 95.

La cronología de los acontecimientos es la siguiente:

--- JUNIO---

5: *En una reunión con periodistas ecuatorianos, Alberto Dahik revela que ciertos diputados y magistrados de la CSJ exigían dinero para aprobar leyes y dictar fallos de interés para el gobierno.*

6: *El contralor del Estado, Juan Carlos Faidutti, envía al Parlamento un proyecto de ley para combatir la corrupción que, afirma, "se ha convertido en un cáncer que devora todo el sistema democrático".*

----JULIO----

10: *Los diputados opositores Santiago Bucaram, Oscar Céleri y Juan José Castelló inician trámite legal para llamar a Dahik a juicio político.*

16: *El gabinete del presidente Durán Ballén anuncia su apoyo a Dahik.*

¹¹ Cronología del Caso Dahik. Publicado el 10 de diciembre de 1995. Recuperado de:
<http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/cronologia-del-caso-dahik-48608-48608.html>

19: Veinte diputados formalizan ante la presidencia del Parlamento un pedido de enjuiciamiento político a Dahik bajo las acusaciones de cohecho y de atentar al honor de la nación.

20: El fiscal general de Ecuador, Fernando Casares, considera que existen suficientes elementos para procesar penalmente a Dahik por propiciar la corrupción mediante el cohecho.

23: Durán Ballén lanza una campaña contra la corrupción en los organismos del Estado, la Justicia y el Legislativo y ordena el levantamiento del secreto bancario de las cuentas de sus colaboradores, los ex presidentes y los ex vicepresidentes.

28: Alberto Dahik admite que el gobierno cedió a presiones políticas para no poner en peligro el sistema democrático, pero niega haber cometido cohecho.

---AGOSTO---

16: Los diputados socialcristianos Javier Neira y Rafael Cuesta denuncian ante la CSJ que dos secretarios de Alberto Dahik depositaron en cuentas privadas 1.100 millones de sucres en 27 días y acusan al vicepresidente de manejo ilegal de fondos del Estado. Dahik, a su vez, acusa a Neira y Cuesta de violar el secreto bancario de cuentas de "gastos reservados" de la vicepresidencia.

17: El entonces presidente de la CSJ, Miguel Macías, ordena un juicio penal contra Dahik y sus secretarios Gladys Merchán y Juan Crespo, a quienes acusa de prevaricato, cohecho, soborno, utilización dolosa de fondos reservados, concusión, peculado, exacciones y enriquecimiento ilícito.

18: Macías llama a Dahik y sus secretarios a rendir declaración en la CSJ.

19: Dahik se niega a declarar ante Macías y acude al Parlamento para explicar su empleo de fondos reservados.

20: Macías dicta auto de prisión preventiva contra los secretarios de Dahik, que desaparecen inmediatamente.

21: El Congreso cita a juicio político a Dahik, quien entre tanto solicita al Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC) que ordene la anulación de su juicio penal.

22: Macías es censurado y destituido por el Parlamento por dictar un fallo contra el estatal Seguro Social. El TGC se niega a conocer el caso sobre la demanda penal contra Dahik en la CSJ.

23: Una "comisión especialísima" del Congreso dice que procede el juicio político contra Dahik, quien declara que no renunciará y que irá a defenderse al Congreso.

24: El ex canciller Diego Paredes, envuelto en el escándalo penal de Dahik, rechaza toda responsabilidad en la negociación para la compra de una radioemisora con fondos del Estado.

25: La CSJ involucra al entonces ministro de Finanzas, Mauricio Pinto, en el juicio penal contra Dahik. A día seguido lo destituye.

26: Cuarenta y dos legisladores firman moción de censura y destitución para Dahik.

27: El presidente del Parlamento, Fabián Alarcón, llama a juicio político a Dahik para la tarde del lunes 2 de octubre.

28: Durán Ballén se reúne con titulares del Legislativo y la CSJ, representantes de las Fuerzas Armadas y de la Iglesia católica para "buscar caminos que conduzcan a superar la situación".

29: Trabajadores e indígenas exigen al Legislativo la destitución de Dahik. Durán Ballén pide públicamente al vicepresidente que renuncie para poder defenderse con toda libertad y devolver al país la tranquilidad indispensable.

30: Alberto Dahik no renuncia y dice que contestará las acusaciones en el Congreso Nacional.

---SEPTIEMBRE---

08: Dahik en cadena de radio y televisión califica de infamia las acusaciones y anuncia que continuará combatiendo la corrupción.

12: El ex canciller Diego Paredes, implicado por Solórzano en la querrela penal, rechaza toda responsabilidad en una negociación para comprar una radioemisora quiteña con fondos del Estado. Posteriormente, Paredes también huye de una orden de prisión preventiva.

21: Pinto, involucrado por la CSJ en el juicio penal, es censurado y destituido por el Congreso en un proceso político relámpago. De los 77 diputados, 63 votaron contra el funcionario, quien fue sucedido por Iván Andrade.

22: Cuarenta y dos legisladores firman moción de censura y destitución para Dahik. Se necesitan 10 votos más para echar al vicepresidente.

26: El presidente del Parlamento, Fabián Alarcón, llama a Dahik para la tarde del lunes 2 de octubre a juicio político.

28: Durán Ballén sostiene una reunión con miembros de la CSJ, el Congreso, las Fuerzas Armadas y la Iglesia católica para "buscar caminos que conduzcan a la superación de la situación actual".

29: *Trabajadores e indígenas exigen al Legislativo la destitución de Dahik, en tanto Durán Ballén sorpresivamente por televisión pide al vicepresidente que renuncie para que el país recupere la tranquilidad.*

30: *Dahik acude al Congreso y en una intervención de seis horas -durante las cuales se registra un terremoto en Ecuador- se defiende pasando de reo a fiscalizador. Se declara un "perseguido político" y denuncia que teme por su vida y la de su familia.*

----OCTUBRE----

03: *Tras declaraciones de Dahik, el diputado izquierdista Juan José Castelló pide al Congreso llamar a juicio político a Durán Ballén por presunto cohecho.*

06: *Luego de cinco días de deliberaciones, el Parlamento declara inocente a Dahik. 39 diputados votan a favor de la moción censura y destitución, 20 en contra y 14 se abstienen.*

Para expulsarlo se requerían 52 sufragios.

11: *En el marco de la querrela penal por malversación, magistrado Solórzano dicta orden de prisión preventiva contra Dahik, quien presenta su renuncia al Parlamento y pasa a la clandestinidad. Durán Ballén está de acuerdo con dimisión y anuncia que propondrá al legislativo candidatos para el cargo.*

12: *Dahik llega a Costa Rica, donde pide asilo por considerarse un "perseguido político".*

14: *El ex superintendente de Bancos, Ricardo Muñoz Chávez, reveló ante el presidente de la Corte Suprema de Justicia, Carlos Solórzano, que observó un cheque por 900 millones de sucres de la cuenta de gastos reservados de la Vicepresidencia de la República, estos dineros habían servido para la compra de dólares en un banco local, cuyo nombre omitió. (Política) (Diario HOY)"*

II. PECULADO

“Art. 257.- Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años los empleados públicos y toda persona encargada de un servicio público que hubiesen abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo; ya consista el abuso en desfalco, malversación de fondos, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante¹².”

II.A. Bien Jurídico Protegido

Esta es la conducta verdaderamente descrita como peculado, que es la denominación adecuada más allá de la opinión de la doctrina española. La malversación constituye el género del que el peculado viene a ser una forma con sus características y singularidades propias.

En cuanto al alcance de la protección nos remitimos a lo ya expresado cuando se efectuó el análisis anterior.

II.B. Antecedentes Legislativos

“El Código Penal de 1960

En el Art. 233, incisos primero y segundo, rezaba así: " Art. 233.- Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años los empleados públicos y toda persona encargada de un servicio público que hubiese abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los represente, piezas, títulos, documentos o efectos que los representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder en virtud o razón de su

¹² Código Penal Ecuatoriano Vigente

cargo; ya consista el abuso en desfalco, malversación de fondos, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante.

"Están comprendidos en esta disposición los que, como empleados manejen fondos del Banco Central, del Sistema de Crédito de Fomento, y Comerciales, y de las Cajas de Previsión Social ",

Se aprecia que el delito de peculado, tipificado y sancionado en inciso primero de esta norma legal, se estableció, en el Código Penal de 1960, para los empleados públicos y toda persona encargada de un servicio público y, además, para los empleados de los Bancos indicados y de las Cajas de Previsión Social, que manejen fondos de esos bancos y Cajas.

Debemos advertir que la Constitución de 1960 tiene tres incisos más, destinados: uno, a señalar la responsabilidad económica de los culpables del delito; otro, que es imprescriptible la acción civil correspondiente al cobro de indemnizaciones y que la prescripción de la pena tiene lugar, en el doble del tiempo fijado ordinariamente para ello; y, el último, que son también penal y pecuniariamente responsables los fiscalizadores de la Contraloría y los inspectores de la Superintendencia de Bancos, que hubieren intervenido dolosamente en fiscalizaciones anteriores.

Modificación

El Código Penal de 1971, en los incisos primero y segundo decía: "Art. 257.- Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años los empleados públicos y toda persona encargada de un servicio público que hubiese abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los represente, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo; ya consista el abuso en desfalco, malversación de fondos, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante.

"Están comprendidos en esta disposición los que, como empleados, manejen fondos de los Bancos Central, del Sistema de Crédito de Fomento, y Comerciales y del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social".

Se constata que hay cambios menores, respecto de lo señalado en el Código penal de 1960. Siguen siendo sujetos activos de peculado los empleados públicos y toda persona encargada de un servicio público; y, además, los empleados de aquellos bancos y del IESS que manejen fondos de estas entidades.

Aclaremos que el Art. 257 del Código Penal de 1971 tiene un inciso más, relativo a los fiscalizadores de la Contraloría y a los inspectores de la Superintendencia de Bancos, y que contiene dos artículos adicionales sobre peculado, signado con los números 258 y 259. En el Art. 258, que consta de tres incisos, se dice que los culpables de este delito, contra quienes se dictare sentencia condenatoria, quedarán perpetuamente incapacitados para el desempeño de todo empleo o cargo público; para cuyo cumplimiento se determina lo que deben hacer la Contraloría General del Estado y la Superintendencia de Bancos.

En el Art. 259 se manifiesta que si el peculado se refiere a fondos destinados a la defensa nacional, el autor será reprimido con reclusión mayor de ocho a doce años.

Reformas de 1977

A través del Art. 396 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control, expedida mediante decreto supremo No. 1429, de 11 de mayo de 1977, publicado en el Registro Oficial No. 337, de ese mes y año, se sustituyó los Arts. 257, 258, 259 del Código Penal, por uno solo, compuesto de cinco incisos: el primero tipifica el peculado y señala varios de los posibles autores; el segundo, define la malversación; el tercero, señala otros posibles autores; el cuarto, reitera la incapacidad permanente de los delincuentes para ejercer cargos

públicos; y el quinto, fija el tiempo de prescripción de la pena. Copiamos la parte inicial de esa norma dictatorial, el inciso primero y la frase inicial del inciso tercero:

"Art. 396.- Código Penal.- Los artículos 257, 258 y 259 del Código Penal, sustituyese por el siguiente: Art. 257.- Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público, que hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo, ya consista el abuso en desfalco, malversación, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante. La pena será de ocho a doce años si la infracción se refiere a fondos destinados a la Defensa Nacional.

Están comprendidos en esta disposición los servidores que manejan fondos del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social o de los bancos estatales y privados".

En el aspecto peculado, se mantiene, en un alto porcentaje, lo que contenían el Código Penal de 1960 y el de 1971. Siguen siendo sujetos activos del delito los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público; se amplía esta calidad a los servidores del IESS o de los bancos estatales y privados que abusen de los fondos de estas instituciones.

Un análisis, desapasionado de lo transcrito, lleva a la conclusión de que no es verdad que el 16 de mayo de 1977 fue creado el "peculado bancario", teniéndose como tal el abuso de los dineros de los cuenta correntistas, cuenta ahorristas, inversionistas, etc. Lo que se hizo es tener como posibles "peculadores", no solo a los empleados del IESS y de los bancos, sino a los servidores, que abusen de esos fondos.

El 4 de julio de 1978 la dictadura milita reformó el Art. 257 del Código Penal, suprimiendo el inciso segundo (que definía la malversación) y aumentaba la pena para los "peculadores". En 1979 el Congreso Nacional bajó esta pena.

En 1995 la Legislatura hizo extensivo el peculado a los servidores de la Dirección General de Rentas.

Añadido del Presidente de la República

El Congreso Nacional de 1999, al tratar el Proyecto de Ley 99-26, reformativo de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero y de la Ley de Reordenamiento en Materia Económica, en el área tributaria-financiera, se preocupó del asunto penal. Apareció, sin duda, que el Art. 257 del Código Penal no castigaba a los funcionarios, administradores, ejecutivos, directores o empleados de los bancos estatales o privados, si abusaban de los dineros de los clientes. Por eso, creyó procedente sustituir, la referencia hecha en el tercer inciso del Art. 257 del Código Penal a los bancos privados, con la norma que transcribimos:

"Art. 20.- La referencia que se hace en el tercer inciso del Art. 257 del Código Penal, a los bancos privados, se sustituye por el Art. que a continuación se consigna": Art Serán sancionados con reclusión mayor ordinaria ejecutivos o empleados de los bancos estatales y privados y de las demás entidades del Sistema Financiero Nacional Público o Privado, que en violación de expresas disposiciones legales, hubieren abusado de dineros públicos o privados o de títulos valores o de documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder en razón o por motivo del ejercicio de su cargo. La misma pena será impuesta a los miembros o vocales de los directorios de los organismos directivos de las entidades mencionadas en el inciso anterior, que hayan contribuido con su voto para la adopción de las resoluciones que configuran el tipo penal descrito en este artículo".

El Presidente Constitucional de la República objetó el Proyecto de Ley 99-26 y, específicamente, el Art. 20. Expresó, en el apartado 17 de la comunicación respectiva, fechada el 10 de abril de 1999, lo que copiamos: " 17.- Es necesario modificar el artículo 20, que reforma el Art. 257 del Código Penal, ya que en este delito y su sanción se encuentran tipificados en los incisos anteriores del Art. 257, por lo que se induce a confusión con la redacción propuesta, debiéndose más bien aclarar qué personas del sistema financiero privado están comprendidas en este delito. El artículo 20, entonces debe cambiarse por el siguiente: " Art. 20.- A continuación del tercer inciso del Art. 257 del Código Penal, añádase el siguiente inciso: También están comprendidos en las disposiciones de este artículo los funcionarios, administradores ejecutivos o empleados de las instituciones del sistema financiero nacional privado, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades, que hubiesen contribuido al cometimiento de estos ilícitos".

Luego de la respectiva discusión, el Congreso aprobó, en definitiva, el artículo sugerido por el Jefe del Ejecutivo. Quedo así: "Art. 19.- A continuación del tercer inciso del Art. 257 del Código Penal, añádase el siguiente inciso: "También están comprendidos en las disposiciones de este artículo los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del sistema financiero nacional privado, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades, que hubiesen contribuido al cometimiento de estos ilícitos (desfalco, malversación, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante)"¹³".

¹³ Cevallos Salas, J. W. Sujetos Activos del peculado. Noviembre, 24 del 2005. Recuperado de http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=3480:sujetos-activos-del-peculado&catid=52:procedimiento-penal&Itemid=420

II.C. Tipo Objetivo

El legislador en España ha distinguido la naturaleza de los caudales o efectos públicos sustraídos, para establecer el quantum punitivo. Así, será mayor la pena en función de la cantidad sustraída, o si las cosas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico, o si se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública.

Sin embargo resulta importante determinar que la jurisprudencia ha entendido que los "gastos reservados" asignados a ciertos funcionarios públicos, pese a que no media exigencia de realizar una rendición de los mismos, no quedan excluidos del tipo penal cuando se acredite que dichos fondos públicos han sido distraídos o apropiados sin tener en cuenta razones de orden público. A este respecto el Tribunal Constitucional de España en un fallo resonante¹⁴ aplicó severas penas, entre otros, al por entonces ministro del Interior, al director de Seguridad del Estado, al gobernador civil de Vizcaya, al comisario y delegado de la lucha antiterrorista en el País Vasco al encontrar acreditado que utilizaron gastos reservados para financiar el secuestro en territorio francés de un terrorista de la ETA. Los encontró responsables, entre otros delitos, de malversación de caudales públicos al haber destinado fondos del Estado a financiar una actividad prohibida.

La acción típica básica del peculado consiste en la sustracción de caudales o efectos públicos que el funcionario tiene a su cargo por razón de sus funciones.

Se entiende por sustraer la idea de apartar, separar, extraer, y en el peculado se materializa en la idea de "separar o apartar los bienes de la esfera de la actividad patrimonial de la administración pública".

¹⁴ Caso "Marey" el que puede ser consultado a través de Internet en la dirección <http://www.innovacion.com>

A este respecto resulta interesante el análisis del fallo dictado por el máximo tribunal de justicia del continente europeo. Con el fin de determinar la existencia de una detención regular fundada en la sospecha razonable, en función de lo dispuesto por el artículo 5.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, tocó a la Corte Europea pronunciarse en cuanto a las exigencias típicas del delito de malversación de caudales públicos¹⁵. Con el fin de determinar si el señor Lukanov, quien se había desempeñado como ministro, luego como vice primer ministro, primer ministro y miembro de la Asamblea Nacional de Bulgaria, se encontraba detenido legalmente con base en la acusación de haber malversado fondos públicos, la Corte sostuvo que "uno de los elementos constitutivos del delito de malversación previsto en el Código Penal era que el autor hubiera querido obtener una ventaja para sí mismo o para un tercero. Además, el artículo del Código en que se fundaba la orden de detención del fiscal específicamente incriminaba el abuso en que incurre un funcionario público para lograr aquella ventaja", sin embargo se sostuvo: "no se brindó a la Corte ninguna información que acreditara que el peticionante fuera, por entonces, sospechoso de haber intentado obtener, a través de su participación en la asignación de esos fondos, una ventaja para sí mismo o para un tercero". Para concluir la Corte sosteniendo que "en verdad, no se alegó ante las instituciones creadas por la Convención que los fondos no hubieran sido recibidos por los interesados, y la pretensión del gobierno (de Bulgaria) de que habían existido ciertos 'negocios' quedó sin sustanciar y no fue reiterada ante la Corte". Así se advierte entonces que para la doctrina en el Derecho Comparado se exige como integrante del tipo penal del peculado la acreditación de un beneficio para el autor o para terceros.

¹⁵ Corte Europea de Derechos Humanos. Sentencia del 20-3-97. "Lukanov vs. Bulgaria". Bulletin on Constitutional Case-Law: 1997. 124-125 p.

Distinta es la posición de Soler¹⁶, para quien la acción consiste en extraer lo que en la caja está, en impedir que ingrese o en emplear los fondos en uso privado; en todas estas hipótesis se compromete el dinero, por lo cual la mera sustracción del dinero consume siempre el peculado, aunque sea hecha con propósitos de restitución y efectivamente se restituya.

II.D. Tipo Subjetivo

El hecho es doloso, no admitiéndose el tipo culposo, el funcionario debe conocer el carácter de trabajo o servicio, y la voluntad de desviarlo del destino administrativo que tiene, en función propia o de un tercero. Se requiere un elemento subjetivo del tipo, que es el aprovechamiento para sí o para un tercero.

Con lo cual el único dolo posible, y en esto hay mayoría doctrinal, es el dolo directo.

El error sobre alguno de los elementos del tipo objetivo tendrá como consecuencia la desaparición del dolo, sea el error vencible o invencible. En cambio, si el funcionario cree que la conducta le está permitida, el error será de prohibición.

II.E. Consumación y Tentativa

El delito se consume con la desviación de los trabajos o servicios a la esfera particular, pero exigiéndose que hayan sido utilizados¹⁷, no alcanzando la separación del trabajo o servicio de la esfera administrativa.

La tentativa es posible, dada la estructura de delito de resultado del peculado de trabajos o servicios.

¹⁶ Soler, Claro. Ob. cit., T. V, 238 p.

¹⁷ Núñez, Ob. cit, T. VII, 118 p.; Creus, Carlos. Ob. cit., 345 p.

II.F. Autoría

En cuanto a quién puede ser autor de este delito, se trata de delitos especiales que sólo puede cometer el funcionario público. La discusión en este delito no lo es tanto sobre el funcionario público, sino sobre qué funcionario público puede ser autor. Para un grupo de autores, no se exige ninguna relación funcional entre el funcionario y los trabajos y servicios.

Por ende, no se exige que tenga competencia para afectar los trabajos y servicios; cualquier funcionario público, con las características ya enunciadas, es autor del delito. Una segunda posición, que es la que seguimos, sostiene que al ser ésta una especie de malversación hay un abuso funcional específico, y por lo tanto sólo puede malversar aquel funcionario competente que puede disponer de los trabajos y servicios.

Está claro que no se requiere que el mismo funcionario sea el que pague los servicios¹⁸. La participación es posible, de acuerdo a los requisitos generales, y en ese ámbito entra el tercero, quien es beneficiado con el trabajo o servicio, que pasa a ser sin duda alguna un cómplice primario.

Especial análisis hay que hacer del que presta el trabajo o servicio.

Si esta persona sabe, y es consciente de la desviación funcional, será partícipe del hecho principal, ya que siendo la orden ilegítima deberá oponerse, salvo, claro está, los casos de error o coacción.

¹⁸ Núñez, Carlos. Ob. cit., T. 7, 117 p.

II.G. Perspectiva Constitucional

La prescripción

En el tipo legal se establece una prescripción especial para el ejercicio de la acción penal, la misma que se constituye en la excepción a la determinada en el inciso cuarto del artículo 101 del Código Penal.

Según la norma contenida en el delito de peculado la prescripción para el ejercicio de la acción es de veinte años. Sin embargo, la actual Constitución Política en el inciso segundo del artículo 121 establece que la acción y las penas son imprescriptibles en el caso de los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, pero la contrae sólo a los funcionarios públicos descritos en la misma norma. Debe entenderse, entonces, que prevalece la norma constitucional y estaríamos ante el primer caso de imprescriptibilidad en la legislación ecuatoriana.

En cuanto a los funcionarios de las instituciones financieras privadas la prescripción aplicable es la contenida en el artículo 257 del Código Penal, pero aquí también cabe una observación. ¿Será igual la situación de un cajero bancario privado que comete peculado cuyo resultado no afecta a la actividad de la institución, con la de un administrador o gerente cuyo acto ilícito trae como consecuencia la quiebra de la misma?

Por la alarma social y el sujeto pasivo del delito que genera uno y otro acto, es inevitable concluir que es injusto equiparar la situación del cajero con la del administrador o gerente. El actual tipo no hace distinción alguna, hecho éste que es inadmisibles.

El juzgamiento en ausencia

La norma constitucional también establece en el mencionado art. 121 que los juicios por peculado se substanciarán aún en ausencia de los acusados. Esta norma se refiere exclusivamente a los funcionarios públicos descritos en la misma, aunque incluye a quienes hayan participado en el ilícito y no tengan dicha calidad.

Esta norma rompe el principio de la prohibición de juzgamiento en ausencia, sostenido por nuestra legislación penal. Esta excepción no cabe duda que debe ser más debatida ya que parecería que es contradictoria con el derecho a la defensa contenido en la misma carta fundamental.

II.H. Caso Práctico

Como caso práctico, del delito de peculado ponemos a disposición el caso “Mochila Escolar” en el cual se encontraron inmersos como sujetos activos del delito, el Ab. Abdalá Bucaram, en ese entonces, Presidente de la República y su ex Ministra de Educación Sandra Correa.¹⁹

“Mochila escolar: la detención de Sandra Correa aviva caso

Desde la semana anterior, Elsa Bucaram y el hijo mayor de Abdalá, Jacobo Bucaram, merodeaban por los pasillos de la Corte “para conocer el estado del juicio Mochila Escolar”, según indicaron. Esa presencia se matizó esta semana con la detención de la ex ministra de Educación del bucamato Sandra Correa, en el centro de Quito.

Correa y el ex presidente Bucaram deben responder por un perjuicio al Estado de alrededor de \$15 millones del programa Mochila Escolar, que fue contratado por un monto total de \$40 millones.

¹⁹ Mochila Escolar: la detención de Sandra Correa aviva caso. Publicado en Junio 18 del 2006. Recuperado de: <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/mochila-escolar-la-detencion-de-sandra-correa-aviva-caso-237697-237697.html>

El delito de peculado se configuró porque se compraron, sin licitación, 100 mil mochilas a la empresa colombiana Promotora Intercambia, pero solo se entregaron 3 000.

Su futuro está ahora en manos del presidente de la Corte Suprema, Jaime Velasco, a donde regresó el juicio de la Segunda Sala de lo Penal que absolvió al ex presidente Jamil Mahuad.

Jorge Acosta, abogado de Sandra Correa, asegura que la ex ministra de Educación será liberada, porque hay un informe de Contraloría que subraya la transparencia del contrato de Correa en 1996. “Hubo un sobreprecio de cero, la calidad de los materiales era buena, tanto que el ex presidente Fabián Alarcón firmó un acta transaccional en virtud de la cual hasta hoy se entregan las mochilas”, precisó. Acosta dice que no hubo licitación porque el Gobierno de Bucaram lo declaró “contrato de emergencia”. El caso es más bien político.

El magistrado José Robayo negó que en el caso Sandra Correa se esté actuando con intenciones políticas.

Por su parte, José Salem, directivo del PRE, dijo que Correa cuestionó a la Segunda Sala de lo Penal de la Suprema por liberar a Mahuad y no a la ex ministra.

Pero ese no es el único lío de la ex funcionaria. Durante su ejercicio, fue acusada de plagiar su tesis doctoral, por lo que la Universidad Central le quitó el título de doctora en Jurisprudencia. (MA)”

III. COHECHO

“Art. 285.- Todo funcionario público y toda persona encargada de un servicio público que aceptaren oferta o promesa, o recibieren dones o presentes, para ejecutar un acto de su empleo u oficio, aunque sea justo, pero no sujeto a retribución, serán reprimidos con prisión de seis meses a tres años y multa de cincuenta a cien sucres, a más de la restitución del duplo de lo que hubieren percibido.

Serán reprimidos con prisión de uno a cinco años y multa de cuarenta a doscientos sucres, a más de restituir el triple de lo percibido, si han aceptado ofertas o promesas, o recibido dones o presentes, bien sea por ejecutar en el ejercicio de su empleo u oficio un acto manifiestamente injusto; bien por abstenerse de ejecutar un acto de su obligación²⁰”

III.A. Bien Jurídico Tutelado

El interés jurídicamente tutelado es el correcto y normal funcionamiento de la administración pública. Sin perjuicio de ello, el catálogo de comportamientos ilícitos aquí enumerados enfoca la problemática de la venalidad de los funcionarios públicos que ocupan cargos en dicha administración, sin tener en cuenta la licitud o ilicitud del acto en sí mismo. La finalidad de este capítulo está sin duda en la idea de eliminar la corrupción y la venalidad de la administración pública para que puedan servir a los intereses generales y actuar de esta manera más eficazmente. Esta finalidad se logra, además, castigando al particular que intenta corromper al funcionario. Esta actividad del funcionario debe ser repudiada, no sólo desde la óptica del Derecho represivo, sino también desde el punto de vista general del Derecho, y aun, en cierta forma, de la ética, que debe estar presente en el ejercicio de la función pública. Es que la venalidad, aun en el acto en que el funcionario cumple su función, deteriora el Estado

²⁰ Código Penal Ecuatoriano Vigente.

de Derecho, poniendo en peligro su propio funcionamiento, ya que, como se sabe, y como bien lo hizo notar Max Weber, que había tomado como ejemplo a la eficiente burocracia alemana, éste es esencial para que el Estado funcione como tal. La falta de una burocracia inteligente y eficiente lleva al desorden y a la corrupción del propio Estado.

III.B. El Tipo Penal del Cohecho Pasivo

“Art. 286.- Todo funcionario público y toda persona encargada de un servicio público que, por ofertas o promesas aceptadas, por dones o presentes recibidos, hubieren ejecutado, en el ejercicio de su cargo, un acto injusto, o se hubieren abstenido de ejecutar un acto que entraba en el orden de sus deberes, serán reprimidos con tres a seis años de reclusión menor y con multa de ciento a quinientos sucres, a más del triple de lo que hayan percibido.”

III.C. El Tipo Objetivo

El cohecho pasivo es esencialmente un delito de convergencia, de codelincuencia necesaria, ya que no puede haber cohecho pasivo si no existe cohecho activo, por ende es necesaria la participación de por lo menos dos personas: el funcionario público, por una parte, como autor especial propio, que es quien acepta o recibe el dinero, la dádiva o la promesa, y, por el otro, el sujeto activo, que ofrece el dinero o la dádiva, que tanto puede ser un particular o un funcionario público²¹.

Sin embargo, como se verá, el cohecho activo está expresamente tipificado en otra norma, esto es el artículo 285, ya que de acuerdo a la estructura seguida por el legislador, en este tipo penal basta el ofrecimiento o la promesa al funcionario público. Esto lleva a que, como no es

²¹ Creus, Carlos. Ob. Cit. 495 p.

necesaria la aceptación por parte del funcionario de lo ofrecido, a los efectos de que se consume el delito, no es un caso de codelincuencia necesaria²².

III.C.a Las Conductas Descritas Por La Ley

Las conductas que se han tipificado son en principio dos: la de recibir dinero o cualquier otra dádiva, o la de aceptar una promesa, siempre con fin determinado. En otros términos, se trata de un acuerdo que consiste en un acto de entrega de un precio, por parte de un tercero, al funcionario, o en una promesa que se hace al funcionario, a los efectos de lograr que realice una determinada actividad u omisión funcional²³.

En consecuencia, el pago del particular, por una conducta que el funcionario haya realizado, no es el delito de cohecho. La doctrina ha insistido en ver este delito como un castigo a un contrato ilícito, como puro contrato, sin necesidad de que la obligación sea cumplida por las "partes", por una sola de ellas o por ninguna. De esto se deriva que los actos ya ejecutados por el funcionario y que no obedezcan a un pacto de esta naturaleza estén al margen de esta infracción, sin perjuicio de su eventual desplazamiento hacia otro tipo penal.

Por dinero debe entenderse el valor representado por la moneda, de curso legal, sea nacional o extranjero, apta para el cambio de esa índole, es decir el monetario. En el supuesto de que el objeto de la entrega sea una moneda sin curso legal, aunque dotada de importante valor histórico y económico per se, verbigracia, una moneda del período romano o griego, estaremos frente al restante supuesto, esto es, la entrega de una dádiva.

Problema interesante, a los efectos de la consumación, es aquel en el cual el autor ya no recibe dinero o cosas, sino un bien registrable, como ser una casa. Según sea la posición que se siga, la consumación tendrá distintos tiempos. Si se exige que el bien pase a nombre del

²² Creus, Carlos. Ob. cit. 272 p.

²³ Núñez, Carlos. Ob. cit., T. VII. 99 p.

funcionario o de una persona de su confianza, recién en ese instante se consumará el delito. En cambio, si sólo se tiene en cuenta el momento en que pasa a manos del funcionario, de hecho éste será el momento de la consumación. En este último sentido, opina Creus que el funcionario que recibe un inmueble o un automotor, para usarlo y guardarlo para sí, ya cometió el delito de cohecho²⁴.

La cuestión es sencilla, porque en el momento en que el funcionario recibe o entra en posesión del objeto el delito se ha consumado, ya que se ha cumplido parte del pacto espurio

III.C.b. La Dádiva y su valor económico

Dádiva es la cosa que se da gratuitamente. Esto es, lo que se da sin retribución económica, es decir, sin contraprestación. La dádiva debe estar constituida por un objeto que se transfiere al autor del hecho, por parte del dador.

La pregunta clave en este asunto es la siguiente, que se puede ejemplificar en un caso. Un funcionario acepta realizar un acto propio de su función, a cambio de tener relaciones sexuales con la persona que le pide que realice aquel acto. Según la posición que se tome, tal acto de aceptación encuadrará en el tipo penal que se analiza.

El punto de discusión, pues, que divide a la doctrina, reside en si la dádiva debe tener un contenido económico o si por el contrario alcanza con que tenga un beneficio, sin que implique un contenido patrimonial.

Parte de la doctrina entiende que, desde la óptica objetiva, la cosa entregada debe necesariamente estar provista de un valor económico, es decir, debe reportar al receptor un beneficio o un cambio favorable en su situación patrimonial. Partiendo de lo dicho, no pueden

²⁴ Creus, Carlos. Ob. cit. 273 p.

constituir dádiva una satisfacción estética, sentimental o residual o una complacencia de la vanidad.

En cambio, otro sector, partiendo de un criterio subjetivista, entiende que debe tenerse en cuenta el provecho o el beneficio que le reporta al agente esa dádiva, sin atender al criterio objetivo del valor económico.

Creus afirma que reducir la dádiva a los objetos dotados de valor económico implica dejar al margen de la punibilidad conductas tanto más venales que otras, pero no hay que olvidar que el término dádiva implica un concepto que tiene que ver con algo que se puede dar y recibir. En el caso del placer estético, o sentimental, claro está que no se pueden dar, pero sí, en cambio, objetos que suministren tal placer. Quien recibe una entrada para ver una función de ópera de un tenor famoso, claro está que logra un placer estético quizás imponderable económicamente, pero ha recibido algo que tiene valor a los efectos del tipo en cuestión²⁵.

III.C.c La proporcionalidad de la dádiva

La dádiva entregada, si bien no debe guardar necesariamente una relación de proporcionalidad con el acto esperado, debe ser idónea para motivar al funcionario a realizar el acto. De modo que, logrado ese fin, el valor, cualquiera que sea, es irrelevante a los efectos de la tipicidad. Lo realmente importante es que el dinero o la dádiva sean el precio del contrato entre las partes. En este sentido, un pequeño regalo puede servir como dádiva, si el autor lo hace habida cuenta del convenio hecho con la parte.

III.C.d. La Promesa

En el caso de la promesa, también se pueden hacer las argumentaciones anteriores con respecto al dinero o a la dádiva, por ende la promesa debe ser de dinero o de cualquier otra

²⁵ Creus, Carlos. Ob. cit., 275 p.

dáviva. La promesa puede ser directa o indirecta. La diferencia entre ambas pasa por el hecho de que la primera requiere estar dirigida a funcionario público determinado, mientras que la segunda tan sólo exige su manifestación, más no su individualización en funcionario alguno.

III.D. El Tipo Subjetivo

El tipo penal en cuestión sólo acepta el dolo directo. Las acciones típicas examinadas requieren una finalidad en los concertantes, esto es que el sujeto activo de este delito haga o deje de hacer algo relativo a sus funciones, o haga valer su influencia funcional ante otro funcionario para que éste haga o deje de hacer algo relativo a sus funciones.

En aras del principio de congruencia, el agente debe tener conocimiento y voluntad de realizar los elementos que integran el tipo penal objetivo.

Por lo tanto, el funcionario público debe conocer y aceptar el contrato que se le ofrece por la otra parte, y que este contrato tiene por fin que él debe hacer o dejar de hacer algo relativo a sus funciones, de modo que la cosa que recibe, o la promesa que se le hace, es parte de ese acuerdo previo.

III.F. Sujeto activo. Autoría

Este tipo penal es un delito de los llamados especiales propios, por lo tanto sujeto activo sólo puede serlo el funcionario público.

Desde el punto de vista de la participación, y al tratarse de un delito especial, la actuación de esta persona interpuesta que no reúne las características exigidas por el tipo penal, es decir, ser funcionario público, sólo puede quedar atrapada por la complicidad.

Por eso, en el supuesto de no reunir el presunto autor la cualidad de ser funcionario público, el comportamiento ilícito sólo podría quedar atrapado dentro de la complicidad, pero nunca podría haber autoría ni coautoría.

III.G. Consumación

El delito se consuma con el pacto, y dentro de ello con el recibimiento del precio, esto es el dinero o la dádiva, y en esto nada tiene que ver si el funcionario cumple o no con la promesa que había hecho cuando recibió el dinero o la dádiva.

En el caso de la promesa, el delito se consuma en el momento de la aceptación de la promesa, aunque luego ella no se cumpla. Por lo tanto, el cumplimiento del acuerdo de las partes no cambia el momento consumativo, que se da sólo cuando se recibe el dinero, la dádiva o la promesa.

El dinero dado después del acto, tal como se dijo, no es cohecho, porque queda fuera del contrato, que es la base de este delito, al margen de otros tipos delictivos, como se verá más adelante.

El delito de cohecho se consuma con la recepción del dinero de la dádiva o la aceptación de su promesa por el funcionario o por la persona interpuesta, sin necesidad de que el funcionario se conduzca según lo explícita o implícitamente acordado.

III.H. Cohecho Agravado

“Art. 288.- El juez, el árbitro o componedor, el jurado que se hubiere dejado cohechar o sobornar, serán reprimidos con cuatro a ocho años de reclusión mayor y privación del ejercicio de la abogacía, en su caso.

Art. 289.- El juez, el árbitro o el jurado culpados de cohecho serán condenados, a más de las penas arriba mencionadas, a una multa igual al triple del dinero o valor de la recompensa. En ningún caso esta multa podrá ser menor de cincuenta sucres.²⁶”

III.H.a. Tipo Agravado

El primer punto a dilucidar es si el presente es un tipo penal autónomo o es una agravación del cohecho pasivo, sólo en virtud del autor.

Una parte de la doctrina afirma que entre ambos tipos existe una relación de género a especie fundada la agravante no sólo en la calidad del autor, sino en la naturaleza jurisdiccional del acto cumplido u omitido.

En cambio otro sector doctrinario afirma que debido a la cualidad que debe revestir el sujeto activo, aunado esto al objeto del acuerdo venal, más la exclusión del párrafo sobre la influencia, que no existe en el tipo en cuestión, constituyen notas diferenciales que permiten afirmar su autonomía, sin perjuicio de elementos comunes a ambos tipos penales.

La discusión en sí no tendría más relevancia que el decidirse sobre una opinión u otra. Lo que importa en este punto es hacer algunas aclaraciones que son la médula del problema. Se trata de delitos que lesionan la administración de justicia. Lo grave es que un juez y ahora el Ministerio Público resuelvan en base a una dádiva o a dinero o una promesa futura y no sólo por el deber como tal. En realidad y dada la estructura del tipo penal en cuestión, estos delitos deberían tener un capítulo propio, ya que está en juego la independencia del Poder Judicial, el cual, como hemos afirmado, sólo tiene sentido si es independiente no sólo del poder de turno, sino de la opinión pública como tal.

²⁶ Código Penal Ecuatoriano Vigente.

III.H.b. Tipo Objetivo

Los comportamientos típicos resultan análogos a los contenidos en el artículo 286, esto es que por sí o por persona interpuesta el sujeto activo recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa. Sobre el contenido y alcance de estos términos empleados por este tipo nos remitimos a lo examinado anteriormente. A diferencia del cohecho pasivo básico, este precepto penal no trae contemplada la actuación de una persona interpuesta. Dicha omisión en nada perjudica la punibilidad del tercero que actuase de ese modo, es decir de nexos entre el juez y el oferente, ya que aquí cobra vigencia la aplicación de las reglas de la participación, con igual sentido y alcance a lo dicho sobre el tema al tratar el análisis del artículo 286 del Código Penal. Rigen en este aspecto los principios generales de la participación.

Ahora bien, el acuerdo venal debe referirse a una resolución o a un fallo que deba dictar el juez o el Ministerio Público en una causa sometida a su estudio; esto implica que debe ser una cuestión que debe estar sometida al conocimiento del juez o el Ministerio Público, aunque no sea estrictamente competente. Será suficiente, entonces, que el asunto esté en las facultades del juez o del fiscal o árbitro, y dentro de su jurisdicción, aunque no sea competente y aunque reglamentariamente no le hubiere correspondido. Esto aclara el problema del acto venal del juez, que luego se declara incompetente, ya que lo contrario llevaría a sostener que esta conducta es impune.

Se excluye de este tipo penal el acuerdo venal para influir sobre otro juez, ya que, como dijimos, el asunto objeto del convenio ilegal debe referirse estrictamente a la competencia atribuida del juez. Pero cualquier tipo de convención, para ejercer ascendiente sobre otro magistrado, quedará subsumida en la figura básica del cohecho pasivo.

III.H.c. Tipo Subjetivo

Se trata de un delito doloso, que sólo admite el dolo directo, y no es admisible, habida cuenta del contrato previo, cualquier otra clase de dolo. Esto tiene sentido, ya que el sujeto activo debe saber que recibe dinero o dádiva o acepta una promesa con un fin concreto, cual es el de dictar una resolución o fallo u omitir un dictamen por el precio entregado. De modo tal que es imposible pensar en otro dolo que no sea el directo. El error, cualquiera sea éste, elimina el tipo o la culpabilidad, pero en este caso es muy difícil pensar un caso en que un juez reciba dinero y crea que es por error, o crea que es lícito recibir una dádiva para cumplir con su función.

III.H.d. Sujeto Activo. Autoría

Bien decían Molinaro y Aguirre Obarrio que al ser sujeto activo solamente un juez, el hecho de dictar resoluciones es intransferible, o, por lo tanto, además de ser un delito especial, se trataba de un delito de propia mano. Es el juez quien debe prestare el acuerdo, entonces. La delegación que algunos magistrados hacen en el dictado de sus resoluciones no cambia el asunto. Supóngase el siguiente caso: un secretario realiza un acuerdo con un tercero para dictar un auto de falta de mérito sin conocimiento del juez, que sólo firma la resolución como es obvio, sin conocer el contenido del contrato ilícito, ni menos aún el contenido de la resolución. Más allá de la responsabilidad funcional del juez, claro está que no se le puede imputar este delito a tal irresponsable persona.

Núñez y Creus agregan que también pueden ser jueces municipales²⁷, por ejemplo el juez municipal de faltas. Puede ser tanto un juez ordinario como extraordinario, pero debe haber asumido el cargo y no estar suspendido en él.

Creus diferencia entre los árbitros y los amigables componedores. "Los árbitros -dice este autor- actúan, en realidad, como verdaderos jueces de derecho, mientras los arbitradores o

²⁷ Núñez, Carlos. Ob. cit., T. VII, 101 p.

amigables componedores, son amigables componedores que no tienen obligación alguna de observar las normas procesales, ni siquiera los preceptos del Derecho sustancial -a diferenciare los anteriores-, y pronuncian sentencia según su saber y entender". Sin perjuicio de esta aclaración, concluye que ambos resultan ajenos a la aplicación del artículo 288 del Código Penal, argumentando para ello que los nombrados son designados por las partes del litigio, sin integrar la administración pública.

III.I. Cohecho Activo

“Art. 290.- Los que hubieren compelido por violencias o amenazas, corrompido por promesas, ofertas, dones o presentes, a un funcionario público, a un jurado, árbitro o componedor, o a una persona encargada de un servicio público, para obtener un acto de su empleo u oficio, aunque fuera justo, pero no sujeto a retribución, o la omisión de un acto correspondiente al orden de sus deberes, serán reprimidos con las mismas penas que el funcionario, jurado, árbitro o componedor culpados de haberse dejado cohechar.”

III.I.a Bien Jurídico Protegido

Se trata de proteger, tal como se dijo, a la administración pública, pero en el caso concreto se busca, desde un punto de vista de la política criminal, que el particular que ofrece, así como el que está dispuesto a acceder a las exigencias de un funcionario, revela con su acción una tendencia, al menos tan peligrosa para el bien jurídico protegido, como el funcionario que acepta. Como es sabido, el corruptor tiene una responsabilidad decisiva en el fenómeno criminológico de la corrupción del funcionario y su conducta es una contribución esencial a la conmoción pública en el ejercicio recto y objetivo de la función pública provocada por esta especie de hechos punibles.

III.I.b. Tipo Objetivo

III.I.b.i El Cohecho Activo y su relación con el Cohecho Pasivo

La estructura del cohecho en el Código Penal exige, de acuerdo a la forma en que se lo ha legislado, que junto al llamado cohecho pasivo (arts. 285 y ss.) exista una forma especial de codelincuencia, que consiste en la tipificación del castigo a la persona que ofrece el trato. Se trata, como se ha dicho, de una especie de inducción o tentativa de inducción al funcionario para que se corrompa. El tipo penal en estudio es la contrafigura delictiva del cohecho propio o cometido por el corrupto titular de la función pública. El comportamiento incriminado es ejecutado por los particulares para corromper o intentar corromper al funcionario público.

No podrá darse el cohecho pasivo si no se da de manera necesaria el cohecho activo, pero como tipos diferenciados y no como una forma de complicidad o participación.

III.I.b.ii Comportamientos Típicos

El tipo objetivo prevé dos comportamientos: dar u ofrecer dádivas a un funcionario público, con los fines especificados, esto es los ya explicados al tratar el cohecho pasivo, artículos 285 y siguientes del Código Penal, a los cuales se remite la norma.

"Da el que entrega, y ofrece el que promete. Ambas acciones pueden ser explícitas (directas) o implícitas (indirectas). Pueden ser ejecutadas personalmente por el autor o por intermedio de un personero"²⁸.

La oferta puede hacerse directamente por el autor o indirectamente por otro sujeto. La finalidad perseguida por este ofrecimiento, a igual modo de lo que acontece con el cohecho pasivo, es provocar en el funcionario público o en el juez la realización o la omisión de algo relativo a sus funciones.

²⁸ Núñez, Carlos. Ob. cit, T. 7, 104 p.

La oferta debe surgir del tercero, no del funcionario público, conducta ésta que no está tipificada.

En caso que el funcionario ya no sea inducido por el autor a realizar el hecho, sino, que además de dar dádiva, lo fuerce a realizar el acto, la cuestión tendrá otra connotación, y el tema se desarrollará dentro de la no exigibilidad, que como se sabe hemos incluido en la llamada responsabilidad por el hecho.

III.I.c. Tipo subjetivo

Es un delito doloso, que sólo admite el dolo directo, ya que el autor debe tener como finalidad especial un acto funcional a cambio de dinero. Se trata, sin duda alguna, de una instigación a la acción, como se ha dicho, para un fin determinado y concreto.

Se exige que el autor conozca que el ofrecimiento es espurio y que la persona a quien se lo propone es un funcionario público, un juez o un magistrado del Ministerio Público.

En caso de que el desconocimiento del autor recaiga sobre la persona a la cual le ofrece la dádiva, ese error recae sobre uno de los elementos integrantes del tipo penal examinado. En este caso nos encontramos ante un error sobre la idoneidad del sujeto pasivo, circunstancia que debe ser considerada como una tentativa idónea. Idéntica situación se presenta en el supuesto de que el autor ofrezca, por ejemplo, dinero a un funcionario público que carezca de la competencia específica.

La dádiva debe ser a los efectos del artículo 285, esto es, hacer, retardar o dejar de hacer un acto propio de sus funciones.

III.I.d. Sujeto activo. Autoría

El sujeto activo puede ser cualquier persona. En este punto no hay limitación alguna, sólo que si es un funcionario público el tipo se convierte en un delito especial impropio, previéndose, para el caso, la agravación de la pena, a quien se le impone como pena conjunta la inhabilitación especial.

Desde la óptica de la teoría del autor es posible la participación, previendo incluso la propia figura que el espurio ofrecimiento puede llegar a conocimiento del funcionario público por intermedio de un tercero, el cual adquiere la calidad de cómplice primario.

III.I.e. Consumación

El comportamiento delictivo previsto por el artículo 291 se consuma con la sola propuesta venal, que es conocida por el funcionario público. En esto se demuestra la autonomía del tipo penal del cohecho activo, de modo que es independiente de la aceptación de la propuesta por parte del funcionario público.

En el caso de dar dádiva, el delito se consuma con la acción de la entrega. También en este punto es indistinto si el funcionario público la acepta o no, debido a la autonomía antes enunciada.

De manera que, como se ha dicho, el tipo se consuma para el autor cuando ofrece (promete) o da (entrega), aunque el funcionario no la reciba, o no la acepte. En este sentido, sólo se necesita poner al alcance, aunque no en la mano; basta ponerlo en la tentación de tomar.

III.I.f. Tentativa

La doctrina discrepa sobre la posibilidad de configuración de la tentativa. Autores como Creus la niegan afirmando que los actos anteriores, aunque estén dirigidos a la búsqueda del convenio, son actos preparatorios. Hay un sector doctrinario que tiene opinión en contra.

III.J. Caso Práctico

A continuación la síntesis del caso Borbuideos.²⁹

“Justicia

Ecuador: Los ex jueces implicados en los ‘borbuideos’, sobreseídos

Los sobresaltos en la Corte Suprema de Justicia no cesan. Los tres magistrados que fueron acusados por los ‘borbuideos’ fueron sobreseídos definitivamente del proceso.

La Tercera Sala Penal de la Corte Suprema decidió que los ex magistrados Alfonso Zambrano Pasquel, Eduardo Franco Loor y José Robayo no tuvieron participación en ningún delito.

La sentencia, emitida el 24 de enero anterior, se basó, según el fallo, en que la Fiscalía General emitió un dictamen abstentivo a favor de los tres implicados.

Esto, porque según el fiscal subrogante, José García Falconí, la investigación “no arrojó resultados relevantes que permitan presumir que los imputados Zambrano, Robayo y Franco, tengan algún grado de participación en el delito que se investiga”.

Los tres ex magistrados fueron investigados porque supuestamente cometieron el delito de cohecho. Ellos estuvieron involucrados en los ‘borbuideos’.

Este escándalo se desató en septiembre del 2006, después de que el ex diputado de Sociedad Patriótica (PSP), Renán Borbúa, presentó unos videos en los cuales se ve a Alfonso

²⁹ Ecuador: Los ex jueces implicados en los “borbuideos”, sobreseídos. S. d. Recuperado de: http://la.migalhas.com/mostra_noticia_amanhecidas.aspx?cod=53224. La página web de la referencia toma el presente artículo de la publicación realizada por Diario El Comercio el 29 enero del 2008)

Zambrano Vidal, hijo del ex Ministro, pidiéndole a Borbúa US\$ 1 millón para dictar una sentencia a su favor.

El ex diputado tenía en su contra un juicio por injurias, planteado por el ex líder del Partido Social Cristiano (PSC), Xavier Neira.

Por ello -según la denuncia de Borbúa- Zambrano Pasquel le pidió, por medio de su hijo, que le entregue el dinero, que sería repartido entre los tres magistrados.

Sin embargo, en el proceso de investigación no se pudo determinar la verosimilitud de esta acusación, puesto que en el video (que es la única prueba física) no aparece ninguno de los ex jueces.

Cuando salieron a la luz pública los 'borbuvidéos', la Corte Suprema de Justicia inició sus investigaciones para determinar la participación de los ex jueces en el supuesto delito de cohecho.

Se conformó una comisión de investigación del caso, integrada por los magistrados Ana Abril, Alfredo Jaramillo y el ex judicial Héctor Cabrera. En el proceso de indagación se determinó que cometieron actos ilegales; por ello, el 19 de septiembre del 2006 se destituyó a Zambrano y se removió a Robayo y Franco Loor.

En ese entonces, tanto Franco Loor como Robayo aseguraron que la decisión de la Corte fue apresurada y no les permitió defenderse adecuadamente, puesto que ambos eran inocentes.

Ahora, luego de la sentencia emitida por la actual Tercera Sala de la Suprema, Franco Loor manifestó que se le debe devolver su cargo en el Tribunal.

"La Tercera Sala ha reconocido mi inocencia y que yo no tuve nada que ver en los 'borbuvidios'. Mi salida de la Corte fue arbitraria y espero que con esta prueba se me devuelva mi cargo", dijo Franco.

En el 2006 él presentó un amparo constitucional en el Tribunal Constitucional, para exigir que se restituyan sus derechos. Este caso está actualmente en la Tercera Sala del TC, a la espera de un pronunciamiento del organismo

"Con la sentencia de la Corte se ratifica que soy inocente y por ello nunca debía salir del Tribunal", recalcó el ex magistrado.

Este Diario intentó comunicarse con Robayo y Franco Llor pero no pudieron ser ubicados hasta el cierre de esta edición.

Los ex magistrados podrán regresar a sus funciones, de acuerdo con lo previsto en el artículo 160 de la Ley de Función Judicial. Esta norma señala que "el funcionario destituido que hubiere sido procesado por el acto que motivó su destitución y hubiere obtenido un auto de sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, tendrá el derecho de reingresar a la Función Judicial, con el mismo cargo u otro equivalente".

Según conoció este Diario de manera extraoficial, este tema será tratado el miércoles en la sesión del Pleno de la Suprema.

Sin embargo, en este proceso no todos salieron bien librados. En la sentencia de la Corte se acusó a Borbúa y a Zambrano Vidal.

Ellos deberán presentarse a una audiencia preliminar el 7 de febrero, a las 09:00, para que se inicie el proceso en su contra.

Durante el proceso de investigación, Zambrano Vidal salió del país hacia los Estados Unidos. En la Suprema no conocen si el joven regresó al Ecuador o no.

De su lado, luego del escándalo, Borbúa fue condenado por los conjuces de la Tercera Sala Penal por el delito de injurias contra Neira en septiembre pasado...

...En video y audio

El caso de los 'borbuvidéos' fue el primero de una serie, en los cuales se usaron grabaciones en audio y en video para acusar a funcionarios de supuestos delitos.

El siguiente caso fue el de los 'pativideos', en el cual se involucró al ministro de Coordinación Política, Ricardo Patiño. Él aparecía hablando con empresarios que trataba de negociar con la deuda externa.

Luego se produjo el caso del ex diputado César Alonzo. Se grabó una conversación en la cual supuestamente pide favores políticos por votos. El caso más reciente es el supuesto intento de coimas que denunció un asambleísta."

IV. ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

Art...(296.1) Constituye enriquecimiento ilícito el incremento injustificado del patrimonio de una persona, producido con ocasión o como consecuencia del desempeño de un cargo o función pública, generado por actos no permitidos por las leyes, y que, en consecuencia, no sea el resultado de ingresos legalmente percibidos³⁰".

"Art...(296.2) El enriquecimiento ilícito se sancionará con la pena de uno a cinco años de prisión y la restitución del duplo del monto del enriquecimiento ilícito, siempre que no constituya otro delito³¹".

"Art... (296.3) Son aplicables los dos artículos innumerados anteriores, a quienes, como funcionarios o empleados, manejen fondos de los Bancos Central, del Sistema de Crédito de Fomento y Comerciales y del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social³²".

IV.A. Bien Jurídico Protegido

Para una parte de la doctrina es el interés social existente en que los funcionarios o empleados públicos no corrompan la función pública y que justifiquen su enriquecimiento al ser requeridos, como una exigencia no sólo legal sino social.

Otro sector afirma que se trata de prevenir conductas anormales que persigan el logro de esos aumentos patrimoniales prevaliéndose de la condición de funcionario por parte del agente³³.

Que el bien jurídico sea la transparencia, la gratuidad y probidad de la administración pública es una afirmación que no está basada en ningún antecedente legislativo, ni en el título del propio Código, ni en la estructura de la norma, amén de que avanza sobre un problema ético

³⁰ Código Penal Ecuatoriano Vigente

³¹ *Ibidem.*

³² *Ibidem.*

³³ Creus, Carlos. Ob. Cit. 416-417 ps.

que es rechazado por el Estado de Derecho. Lo que sucede es que en vías de perseguir a funcionarios que se supone deshonestos, y a los fines de que no exista una laguna de punibilidad, hay toda una corriente que intenta justificar la norma, pero no es ésta la función del jurista, sino hacer la crítica cuando hay que hacerla y decir lo que hay que decir, aunque existan las lagunas de punibilidad.

IV.B. Tipo Objetivo

El contenido de la acción típica se encuentra controvertido. Por un lado se considera que la disposición penal requiere la omisión de justificar un enriquecimiento apreciable por parte del funcionario.

Es decir, el verbo típico es el de no justificar. Desde otro sector se dice que la acción típica consistiría en enriquecerse ilegítimamente con los fondos públicos prevaleciéndose del cargo. De tal modo, la no justificación se convertiría en una condición objetiva de punibilidad a los fines de la sanción, y aun se la ha considerado una mera condición de procedibilidad. Entonces, la verdadera acción del funcionario es la de enriquecer su patrimonio.

La confusión, aun entre aquellos que defienden el tipo legal en cuestión es más que notoria. Una sola aclaración más: cuando se intenta pasar los conceptos éticos al Derecho Penal, sólo se logra convertir a éste en un ámbito propicio para la caza de brujas. Lo estúpido del Estado de Derecho consiste en la limitación del propio Estado a la ley y a los principios básicos de la Constitución. La búsqueda de la justicia, fuera de la ley, siempre ha llevado a la injusticia, ya que la ley, dentro de la Constitución, es un principio de justicia. Valgan las palabras de Kelsen, quizás el jurista más importante del siglo: *"En rigor, yo no sé ni puedo decir qué es la justicia, la justicia absoluta, ese hermoso sueño de la humanidad. Debo conformarme con la justicia relativa: tan sólo puedo decir qué es para mí la justicia. Puesto que la ciencia es mi profesión y, por lo tanto, lo más importante de mi vida, la justicia es para mí aquello bajo*

cuya protección puede florecer la ciencia y, junto con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia”

IV.B.a. El enriquecimiento. Los requisitos de su magnitud y ubicación temporal.

El enriquecimiento es un incremento patrimonial que puede consistir tanto en un aumento del activo como en una disminución del pasivo.³⁴

Este concepto ya había sido acuñado por la doctrina antes de la reforma legal recientemente operada, la que en definitiva incorporó al texto legal las conclusiones unánimes alcanzadas por los autores al respecto.

En cuanto a su magnitud, el tipo penal señala que debe ser apreciable. Será tal cuando sea suficientemente grande, cuantioso o importante.

El tipo exige un aumento significativo del activo o una disminución considerable del pasivo. Es decir, habrá enriquecimiento apreciable cuando se exhiba una mejora sustancial de la situación económica del agente, tomando en consideración el momento de asunción del cargo y las posibilidades normales de evolución durante el tiempo del desempeño de su cargo.

Un enriquecimiento que no asume esta categoría no abre paso a la subsunción típica de la conducta.³⁵

Respecto al momento del enriquecimiento, surge que debe haberse producido con posterioridad a la asunción del ejercicio funcional. Se señala que también cae en el ámbito del tipo el producido luego de haber cesado en el cargo -hasta dos años después del cese-,

³⁴ Creus, Carlos. Ob. Cit. 420 p.

³⁵ Creus, Carlos. Ob. Cit. 420 p.

siempre que luzca vinculado a ese ejercicio³⁶. Es suficiente con que el enriquecimiento guarde una conexión con el pretérito ejercicio del cargo.

IV.C. El Sujeto Activo

Autor puede ser cualquier persona que ocupe o haya ocupado un cargo público en cualquiera de las funciones del Estado y en cualquiera de sus niveles (municipal, provincial o nacional). Además de los funcionarios o empleados que manejen fondos de los Bancos Central, del Sistema de Crédito de Fomento y Comerciales y del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social.

IV.D. Consumación y Tentativa

El delito se consuma cuando, vencidos los plazos fijados para contestar el requerimiento o, en su caso, transcurridos los plazos procesales pertinentes para el ejercicio de la defensa, el agente no logró justificar la procedencia del enriquecimiento³⁷.

La tentativa es inadmisibles, si se trata de una omisión. Sólo pueden considerarla posible aquellos que sean partidarios de la tesis del enriquecimiento como acción típica de este delito.

IV.E. Tipo Subjetivo

Es un claro delito doloso, debiendo discutirse en qué consiste el dolo, ya que si es la acción de enriquecerse será el contenido de una manera, y si es sólo el omitir, será de otra.

Lo que la doctrina dominante describe como dolo de omisión sólo representaría la ausencia de la decisión en la acción debida. Si únicamente se reconoce como elemento de conducta a la capacidad de acción, entonces no puede existir una voluntad dirigente y luego un dolo, sino

³⁶ Núñez, Carlos. Ob. cit, T. V, Vol. II, 144 p.

³⁷ Creus, Carlos. Ob. cit, 424 p.

solamente una *"omisión acompañada del saber acerca del poder final del hecho"*. Esta posición terminaba sosteniendo que con el reconocimiento de una acción omisiva no es ya posible negar el dolo de omisión.

Si la conducta es la de enriquecerse y además no justificar el contenido del dolo, será saber que se ha enriquecido ilegalmente o negarse a contestar, como es obvio.

En cuanto a su objeto, el dolo de este tipo penal exige -en cuanto imagen refleja del tipo objetivo- la referencia a todos sus elementos.

En primer lugar, entonces, reclama el conocimiento sobre la existencia del requerimiento y, con ello, de la imputación de un enriquecimiento apreciable operado en el ejercicio de la función pública.

Asimismo, el autor debe estar consciente acerca de los elementos especiales de autoría pertenecientes al tipo objetivo. Es decir, se requiere que en su conciencia estén alojadas las implicancias que se derivan de su especial condición jurídica -funcionario público-.

Por último, debe conocerse la posibilidad de poder desarrollar una cierta actividad conducente a la evitación de la lesión inminente del bien jurídico. Aquí es donde entra en juego el punto esencial: debe saber que se le exige una conducta tendiente a explicar el origen del acrecentamiento patrimonial considerable cuya ilícita realización se le atribuye.

IV.F. Antijuridicidad

Para los sostenedores de la tesis del enriquecimiento en cuanto acción típica, no habrá tipicidad si se logra demostrar la causa lícita del enriquecimiento, motivo por el cual no habrá problemas de causas de justificación. Si se puede justificar el incremento patrimonial, éste ya no será indebido y, por tanto, cae desde el inicio la afirmación de la tipicidad.

Cabría la posibilidad de aseverar inicialmente el juicio de tipicidad y, sin embargo, excluir la antijuridicidad de la conducta ante el amparo constitucional que el funcionario puede aducir respecto a la potestad de guardar silencio frente a la imputación formulada. Sin embargo, la contrariedad ofrecida por la figura en sí en este aspecto, al vedar en todos los casos la vigencia del principio, la torna inválida al no encontrar un sostén normativo en una norma de rango superior.

Y que no se diga que el funcionario declina anticipadamente tal derecho, por cuanto el principio de no declarar contra sí mismo es indisponible de modo anticipado.

IV.G. Atribuibilidad

En cuanto a la responsabilidad por el hecho, resulta difícil concebir que alguna de las causales que la excluyen pueda darse en la omisión de justificar un enriquecimiento apreciable operado durante el ejercicio de la función pública.

La figura en cuestión no presenta ningún rasgo específico en este aspecto que no pueda ser solucionado mediante la aplicación de las reglas generales de la teoría del delito.

Por último, el error de prohibición se dará cuando, tras comprender el sentido social de su conducta, efectúe una errónea valoración jurídica sobre alguno de sus aspectos

IV.H. Caso Práctico

Como ejemplo, del cometimiento de este delito, tenemos el caso Bermeo, el mismo que a continuación se sintetiza.

“El caso Bermeo lleva tres años en la Suprema sin sentencia

Publicado el 02/Enero/2007 | 00:00

El 10 de diciembre del 2003, el entonces presidente de la Suprema, Armando Bermeo, llamó a juicio al ex magistrado Olmedo Bermeo. Según el titular del Tribunal, habían suficientes indicios de que el ex juez había cometido los delitos de enriquecimiento ilícito y perjurio.

Desde que se emitió ese fallo han transcurrido tres años sin que el caso pueda resolverse. En julio del 2003, este Diario denunció en dos reportajes las irregularidades de Bermeo.

El ex magistrado de la Primera Sala Civil no incluyó en su declaración de bienes realizada el 12 de julio del 2002 en la Notaría 3 de Quito, un terreno en Llano Chico, una casa en Puenbo, dos departamentos, una oficina y tres cuentas bancarias.

La investigación después fue confirmada por el Ministerio Público y la Contraloría. Según la Fiscalía, Bermeo amasó una fortuna de 1112 074 dólares en cinco años de juez. Él no justificó la procedencia de unos 500 000 dólares de su patrimonio.

Las dos causas penales han sufrido demoras y retardos en su despacho. Bermeo ha apelado continuamente los fallos emitidos por la Corte en su contra.

En el 2004, el entonces presidente Hugo Quintana rechazó un pedido de nulidad sobre las causas y en febrero del año siguiente, el entonces titular de la Suprema, Guillermo Castro Dáger, lo llamó nuevamente a juicio.

Según la providencia de Castro “se presume la existencia de delitos graves y la existencia de perjurio y enriquecimiento ilícito.

Esa providencia fue apelada por Bermeo y finalmente en febrero de este año, el presidente subrogante de la Suprema, Hernán Salgado, le concedió la apelación.

En sus alegatos el imputado, quien permaneció detenido en el 2003 y salió tras el pago de una fianza de 500 000 dólares, asegura que “la Justicia se aplicó con dedicativa, que hubo irregularidades procesales e interpretaciones majaderas de la Ley”.

Los dos juicios recayeron por sorteo en la Segunda Sala Penal. Sin embargo, las causas (396-2006 por enriquecimiento ilícito) y (213-2006 por perjurio) no han sido aún despachadas.

Hay otras causas en donde están personas detenidas que requieren más atención. Además, en el orden de llegada de los juicios, hay otras causas que están por prescribir, asegura el presidente de la Sala, Luis Abarca. El despacho está formado además por los ministros Oswaldo Castro y Luis Cañar.

Sin embargo, según información de la Secretaría de la Sala, el juicio de enriquecimiento ilícito está en el despacho de los magistrados listo para la sentencia.

De acuerdo al trámite, uno de los jueces redacta un borrador de la resolución el mismo que es presentado a los otros dos ministros. Una vez que se discuten los criterios, los jueces firman la providencia y esta se notifica a las partes.

En cambio, el juicio por perjurio aún reposa en los archivos de Secretaría. Está previsto que a inicios de enero, cuando termine la vacancia judicial se realice un sorteo internos para determinar qué magistrado realizará el proyecto de resolución.

En su defensa, el ex judicial asegura que no se puede hablar de enriquecimiento ilícito porque este delito está establecido para quienes manejan fondos públicos, lo cual es ajeno a mi cargo. Según Bermeo, los informes de Contraloría y la acusación de la Fiscalía se realizaron de forma apresurada y con dedicativa.

En el caso de perjurio, el ex ministro manifiesta en su defensa que las declaraciones patrimoniales se pueden cambiar, modificar o reformar” y sostiene que a esa época la Ley de la Contraloría solo contemplaba el análisis de las declaraciones de bienes al inicio de la gestión del funcionario y al final de la misma. Pero en el caso de los ministros de la Suprema su gestión es vitalicia.

Pese a ello, durante todo el juicio, Bermeo no ha podido demostrar el incremento de su patrimonio. En la Segunda Sala, los jueces dicen que harán respetar el debido proceso y las leyes para emitir su fallo.

No obstante, su análisis se ha centrado en el hecho de si la denuncia cumplió con todos los requisitos o no.

La II Sala emitió dos fallos polémicos el año pasado

Los jueces Luis Abarca, Oswaldo Castro y Luis Cañar integran la Sala desde el 30 de noviembre del 2005. Según la última estadística difundida por la Corte, los jueces resolvieron 526 causas. Pero dos de ellas, los han puesto en el ojo del huracán.

La primera fue la absolución provisional del ex presidente Jamil Mahuad. Esta se produjo el 7 de julio de este año.

Mahuad y la ex ministra de Economía, Ana Lucía Armijos, eran acusados por supuesto peculado y arrogación de funciones al ordenar el congelamiento bancario en 1999. Los jueces Castro y Cañar dijeron en su fallo que “no existían pruebas suficientes del cometimiento del delito.

En diciembre, la Comisión Anticorrupción y el diputado Víctor Granda pidieron a la Presidencia de la Corte la reapertura del caso. En sus alegatos, el legislador fustigó a los jueces por su providencia.

El otro caso polémico de la Sala fue la declaratoria de nulidad del caso de venta de armas de Argentina a Ecuador en 1995.

En esta caso estaban involucrados altos oficiales de las Fuerzas Armadas como el ex ministro de Defensa, José Gallardo y el ex jefe del Comando Conjunto, Víctor Bayas.

Según el fallo de los jueces Abarca, Castro y Cañar, la instrucción fiscal iniciada en el 2003 no debía ser realizada por un fiscal común (la inició el agente Carlos Morales) sino por la fiscal general, Mariana Yépez, pues estaban involucrados oficiales que gozan de fuero. El Ministerio Público apeló esta decisión.³⁸”

³⁸ El caso Bermeo lleva tres años en la Suprema sin sentencia. Publicado en Enero 2 del 2007. Recuperado de:
<http://www.explored.com.ec/noticias-ecuador/el-caso-bermeo-lleva-tres-anos-en-la-suprema-sin-sentencia-255133-255133.html>

V. COLIGACIÓN

“Art. 251: Cuando, coligándose dos o más funcionarios públicos o cuerpos depositarios de alguna autoridad pública, sea en una reunión, o por diputación, o correspondencia entre ellos, concierten alguna medida para impedir, suspender o embarazar la ejecución de una ley, reglamento u orden superior, serán reprimidos con prisión de seis meses a cinco años.”³⁹”

V. A. Bien Jurídico Protegido

Como en la mayoría de los tipos penales de este título, se puede afirmar que se protege el correcto funcionamiento del servicio público, procurando el desenvolvimiento normal y diligente de la administración. Más detenidamente, se trata de que el funcionamiento de la administración pública no se vea perjudicado por la inercia dolosa del funcionario público que ejerce un cargo determinado.

"Quizás la quinta esencia de la función pública resida en la interrelación del funcionario con la propia administración, de un lado, y entre el funcionario y los administrados, de otro, pues en el sistema del Estado de Derecho no puede concebirse el Poder Ejecutivo como una mera potestad institucional impuesta desde arriba, sino como un poder estatal que trae su origen y tiene su legitimidad en la propia voluntad popular de la ciudadanía delimitadora de las facultades de actuación de los funcionarios "

V.B. Tipo Objetivo

Así, el sujeto debe omitir, rehusar hacer o retardar; en el segundo caso, si bien puede señalarse que existe una actividad por parte del sujeto (rehusar), aquella negativa se traduce en el incumplimiento del acto correspondiente. Se trata de negarse a actuar, expresa o tácitamente.

³⁹ Código Penal Ecuatoriano Vigente.

El sujeto puede omitir el acto, es decir no lo realiza, no lo ejecuta, no lo lleva a cabo. La negativa puede ser tácita o expresa, siempre que exista el deber de actuar. Será expresa cuando exista una petición, tanto de un particular como de un superior jerárquico. La negación supone una petición tanto de un particular como de la administración propiamente dicha. En cambio será implícita la realización consciente de un acto nulo y el llamado obstruccionismo burocrático.

Por estos motivos se justifica la afirmación de Creus, cuando señala que se trata de la omisión precedida de la negativa frente a la interpelación, citando a Núñez para remarcar la siguiente diferencia con relación al accionar del funcionario: "omite el acto si, debiendo realizarlo de oficio, no lo hace", en tanto que "rehúsa hacer el acto si correspondiendo que lo realice a petición de parte interesada o por orden de autoridad competente, no lo realiza".

También se castiga el retardar el acto. Por retardo debe entenderse el intervalo de tiempo transcurrido entre el momento en que el acto debía realizarse y aquel en que efectivamente se realizó. En otras palabras, no se realiza el acto debido en el término establecido legalmente; es una conducta típica, de modo que el funcionario difiere su ejecución para una oportunidad posterior, fuera del marco legal.

Todas estas conductas deben referirse a los actos de la función, esto es, a "los actos que son el contenido de la función, y no a los actos que el funcionario debe personalmente realizar para cumplirlos, cuya transgresión suele estar prevista como infracción disciplinaria: faltar a la oficina, llegar tarde, retirarse antes del horario". Por eso se ha sostenido que deben tratarse de actos propios de sus funciones, que contempla no sólo los actos de autoridad, sino además cualquier tarea administrativa que integre la función o la prestación de servicio del agente. Por eso serán actos que tipifican estos hechos, el cartero que no distribuye la correspondencia, el

policía que no evita la alteración del orden, el juez que no provee los pedidos de las partes en el expediente, el secretario que no carga los escritos que se presentan.

La omisión o la demora deben ser ilegales. Este elemento normativo del tipo exige su comprensión por el dolo, para un sector de la doctrina, y para otros es un elemento de antijuridicidad especial que es impuesto taxativamente por la ley. El tipo penal igual se configurará aunque la parte tenga algún recurso administrativo o judicial pendiente. Ahora bien, este elemento hace que la tipicidad quede excluida en los casos en que el funcionario tenga la facultad o el deber de negarse, omitir o retardar el acto que, como es obvio, debe estar reconocido por la ley.

V.C. Tipo Subjetivo

Es un delito doloso, por ende, requiere que el autor conozca que el acto que omite es propio de su función, que tal omisión es ilegal y que tenga, además, la posibilidad de actuar, ya que si no le es posible realizar el acto no se le podrá imputar el hecho. No hay duda de que este elemento normativo del tipo hace que el dolo sea directo, no admitiéndose el dolo eventual, ni el directo de segundo grado. Toda discusión sobre la malicia está de más, ya que, como hemos afirmado, el problema es de los autores causalistas con problemas en la comprensión del dolo.

V.D. Autoría

Se trata de un delito especial propio, de modo que sólo puede ser autor el funcionario público en ejercicio de su propia función o tarea administrativa. La posibilidad de participación al nivel de la complicidad resulta poco viable, según la doctrina, que también lo califica como delito de propia mano, aunque es factible que puedan plantearse situaciones de instigación y asociación para delinquir.

V.E. Consumación y Tentativa

La consumación tiene lugar con el acto omisivo, es decir, el no realizar el acto funcional en la oportunidad determinada legalmente, sin necesidad de que se produzca consecuencia alguna.

Cuando se trata de retardo y existe un término prescripto o fijado, el perfeccionamiento del delito coincide con el de la expiración de ese término. A falta de él, al finalizar el tiempo útil para que el acto produzca sus efectos normales, aun cuando el retardo no determine la invalidez del acto sucesivamente cumplido. Como se trata de una omisión simple, la tentativa no es posible en ninguno de los supuestos analizados.

VI. CONCUSIÓN

“Art. 264: Los empleados públicos o las personas encargadas de un servicio público que se hubieren hecho culpables de concusión, mandando percibir, exigiendo o recibiendo lo que sabían que no era debido por derechos, cuotas, contribuciones, rentas o intereses, sueldos o gratificaciones, será reprimido con prisión de dos meses a cuatro años.

La pena será de prisión de dos a seis años, si la concusión ha sido cometida con violencia o amenazas.

Esta pena será aplicable a prelados, curas u otros eclesiásticos que exigieren de los fieles, contra la voluntad de estos, diezmos, primicias, derechos parroquiales, o cualesquiera otras obligaciones que no estuvieren autorizadas por la ley civil.

Las infracciones previstas en este artículo, y en los tres precedentes serán reprimidas, además, con multa de cuarenta dólares de los Estados Unidos de Norteamérica y con restitución del cuádruplo de lo que hubieren percibido.

Estas penas serán aplicadas a los agentes o dependientes oficiales de los empleados públicos y de toda persona encargada de un servicio público, según las distinciones arriba establecidas.⁴⁰”

VI.A. Bien Jurídico Protegido

Como en la mayoría de los tipos penales de este título, se puede afirmar que se protege el correcto funcionamiento del servicio público, procurando el desenvolvimiento normal y diligente de la administración.

⁴⁰ Código Penal Ecuatoriano Vigente.

Además podemos apreciar que el otro bien jurídico protegido es la propiedad del usuario, ya que se impide que con la conducta del funcionario, se lesione su patrimonio, puesto que a diferencia del cohecho, el funcionario es el que exige o pone precio a sus actuaciones como tal.

Dentro del precepto legal, se tiene que, el Estado para reparar en algo la lesión al derecho de propiedad del usuario, además de la pena privativa de libertad, impone una multa y además obliga al condenado a restituir lo percibido multiplicado cuatro veces.

VI.B. Tipo Objetivo

La concusión se da cuando un Funcionario o Servidor Público, que abusando de su cargo Obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para si o para otro, un bien o un beneficio patrimonial.

Aquí, uno de los elementos fundamentales del tipo es que el funcionario Público OBLIGUE y que induzca a error al agraviado.

Para que se configure el delito de concusión tiene que concurrir además todos los elementos del tipo, como el abuso del cargo, el obligar o inducir a una persona a dar o prometer, esto tiene que ser indebidamente, que lo que se obligue sea un bien o un beneficio, que sea en provecho propio o para otro.

La norma dice que se configura el delito cuando se manda a percibir, es decir, cuando el funcionario a través de una persona, solicita una remuneración para ejecutar un acto que es de su obligación, convirtiéndose así en autor del delito y si fue a través de una persona, el encargado se convierte en cómplice del mismo.

En este delito, nos damos cuenta que el funcionario prácticamente le pone un precio a sus actuaciones, transgrediendo así la investidura que le ha otorgado el Estado, para que ejerza la función pública.

VI.C. Sujeto Activo

El sujeto activo del delito es el Funcionario Público, porque el, pide el dinero, dádiva o emolumento, para realizar una acción que le compete dentro de sus funciones y la cual esta obligado a realizar sin necesidad de favor alguno.

También dentro de la autoría de este delito, encontramos que la norma se refiere a una persona que se encarga de pedir la retribución para realizar el acto administrativo; esta persona, estaría implicada también dentro del presente delito, por ser el cómplice del funcionario, para conseguir el mal habido pago.

Además del Funcionario, el tipo penal encontrado en el art. 264 del código penal, encierra un caso especial en su tercer inciso, ya que extiende la autoría hacia los ministros de la fe, que piden diezmos, primicias o derechos parroquiales. Es decir, que no solamente puede ser un Funcionario Público el imputado de un delito de concusión, sino el cura de una parroquia también.

VI.D. Sujeto Pasivo

El sujeto pasivo, se podría considerar que es múltiple, ya que tanto el Estado como el usuario de la Función Pública, son afectados dentro del mismo.

Por una parte, el usuario se ve afectado en su patrimonio, ya que el funcionario, quiere maliciosamente, conseguir un beneficio del asunto que ha hecho que el usuario acceda a la burocracia para solucionar el mismo. El funcionario pretende hacer caso omiso de los

derechos que asisten al usuario, y sin ningún reparo, le pone precio al mismo, para poder ejecutarlo.

En segundo lugar, el Estado, es el otro afectado, ya que, cuando se realiza la concusión, se esta distorsionando, el servicio que esta obligado el Estado a garantizar a los ciudadanos, el mismo que es el acceso gratuito a los servicios de cada una de las dependencias estatales. El Estado pierde prestigio, cuando una entidad del mismo pierde prestigio, por ejemplo, en las cortes de justicia de nuestro país, muchos jueces realizan esta practica, pero asi mismo muchos usuarios se quedan callados y no denuncian estos actos; lo que hacen, es pagar para poder acceder a la justicia, y esto crea una desconfianza que al fin se vuelve generalizada, y se llega a la conclusión de que todo el sistema judicial esta corrupto. El sistema judicial, queda por los suelos, por lo tanto el Estado queda por los suelos.

VI.E. Tipo Subjetivo

El Elemento constitutivo del delito, “obligar” o “inducir” implica que necesariamente tiene que haber dolo (conciencia y voluntad); este tipo de delito esta constituido sobre la base del dolo, los hechos culposos no son castigados penalmente, ni los casos fortuitos, ni los ocurridos por Fuerza Mayor. El dolo es un elemento de naturaleza subjetiva esencial en este delito, por que sin el primaria el castigo en función al resultado, sin importar si hubo voluntad de cometer el ilícito. La conducta dolosa implica voluntad de actuar, en este caso especifico, voluntad de obligar a una persona a dar o prometer indebidamente un beneficio Patrimonial; Conocimiento de lo que se está realizando y que su conducta contraviene la ley, es decir a sabiendas que su dicha conducta es sancionada por la norma lo hace por un beneficio patrimonial, y que su comportamiento este dirigido hacia el logro del objetivo, es decir a ser beneficiado patrimonialmente. La culpa no es sancionable penalmente en el delito de concusión, es decir no está tipificada la concusión culposa.

VI.F. Tentativa y Consumación

Es importante mencionar también que en este tipo de delito no existe la tentativa; este tipo penal ha sido construido sobre la base del modelo de delito consumado, en otras palabras los delitos representados como típico se reputan consumados para efectos de la sanción correspondiente, ya sea que dicha consumación implique un resultado material o una simple actividad o inactividad, como el caso de la desobediencia por ejemplo. En tal sentido las penas conminadas en cada artículo se aplican al delito consumado no a sus fases imperfectas de tentativa.

VI.G. Caso Práctico

Como caso práctico, para el presente delito, tenemos el ejemplo del Juez de Galápagos que solicitaba dinero para liberar unas embarcaciones retenidas. A continuación el detalle⁴¹:

“Juez de Galápagos acusado por delito de concusión

Fecha: 27/05/2010

Byron Rolando Cornejo Coba fue detenido por agentes de la Fiscalía General y de la Policía Nacional cuando recibía dinero como pago para liberar una embarcación retenida.

En delito flagrante fue encontrado el juez Segundo de Garantías Penales de Galápagos cuando recibía 1.020 dólares en su despacho como pago para dar la libertad a los tripulantes de la embarcación de pesca costarricense Don Memo, detenida cerca de la reserva marina de Galápagos a inicios de mayo.

⁴¹ Juez de Galápagos acusado por delito de concusión. Publicado el 27 de mayo del 2010. Recuperado de:

<http://www.vistazo.com/webpages/pais/?id=10144>

"Si yo pago la multa de los 12 mil dólares que la Secretaría de Pesca ya me puso, él me dijo a mi si con los 10 mil dólares", mencionó Ricardo Gómez, capitán de la embarcación Don Memo, señalando al juez.

El cuestionado juez había dispuesto su detención, pese a que la Subsecretaría de Pesca había determinado el pago de una multa de 12 mil dólares por la infracción cometida.

"Usted está equivocado señor, usted está equivocado -decía el juez.- que viene y me tira la plata", mientras que el denunciante le recriminaba "tengo 20 días de estar aquí porque usted no ha querido firmar".

En la Policía Nacional reposan varias grabaciones de audio que registran conversaciones telefónicas entre Cornejo y Gómez, en las cuales se escucha claramente el mecanismo de la entrega del dinero solicitado por su libertad, un total que ha decir del capitán de la nave ascendía a 10 mil dólares.

"Por eso traje la plata, porque me pidió que la traiga al mediodía de ayer pero no pude recoger la plata porque mi patrona me dijo que era mucha plata", acotó Gómez.

El juez permaneció en el Centro de Detención Provisional y fue luego trasladado a Guayaquil.

Varios detenidos aprovecharon la oportunidad para denunciar que también habían sido extorsionados por el funcionario. "A mí me pidieron 8 mil dólares, pero como no teníamos, seguimos aquí", dijo Hugo Molina, uno de los detenidos.

Desde la prisión, Jonathan Chalén dijo que a su padre le pidieron como 3 mil dólares. "Le dieron 1.000 dólares al juez y 1.000 dólares al Fiscal", denunció.

Cornejo Coba fue posesionado en febrero de este año y ahora deberá responder ante la justicia por el delito de concusión y otros malos manejos en la Función Judicial insular. El delito tiene una pena sancionada de hasta 2 ó 3 años de prisión.

"La Fiscalía representa a la sociedad y con esto demostramos que estamos cumpliendo", sostuvo Antonio Gagliardo, Ministro Fiscal de Guayas y Galápagos.

Cornejo fue trasladado a Guayaquil cerca del mediodía de hoy para una audiencia de formulación de cargos en la Presidencia de la Corte de Justicia. Arribó a la terminal de la compañía Saereo y desde allí fue llevado hasta la Corte Provincial donde la presidenta María Leonor Jiménez declaró instalada la audiencia.

Un jefe policial de Galápagos entregó formalmente al detenido y el fiscal anunció que pedirá la inmediata prisión preventiva pues fue sorprendido en un acto de delito flagrante."

VII. CONCLUSION Y APORTACION DELITOS EN LA ADMINISTRACION PÚBLICA

Sin lugar a duda un primer enfoque constitucional sobre los delitos que tienen su origen en quienes son partes de la administración pública la encontramos en el Artículo 233 de la Constitución vigente, que tiene un ámbito general en relación a la responsabilidad en los actos realizados en el ejercicio de sus funciones o labor que cumplen en su calidad de servidores públicos.

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

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

Tenemos a sujetos que pueden ser activos o pasivos de un delito contra la administración pública, en un primer aspecto esta la servidora o servidor público. Luego el usuario

El Artículo 229 de la Constitución vigente en su inciso primero expresa:

“Serán servidoras o servidores públicos todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.”

¿Que comprende el sector público?

Según el Artículo 225 de la Constitución:

“El sector público comprende:

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

Quienes son servidores públicos deben tener en claro el ámbito de su accionar y funciones que deben cumplir, como son requisitos a observar y sus responsabilidades, así:

El Artículo 276 de la Constitución determina lo siguiente:

“Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que le sean atribuidas en la Constitución y la Ley.”

El Artículo 231 de la Constitución, expresa:

“Las servidoras o servidores públicos sin excepción presentaran, al iniciar y finalizar su gestión con la periodicidad que determine la ley , una declaración patrimonial jurada que incluirá activos y pasivos , así como la autorización para que, de ser necesario , se levante el sigilo de sus cuentas bancarias; quienes incumplan este deber no podrán posesionarse en sus cargos. Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional harán una declaración patrimonial adicional, de forma previa a la obtención de ascensos y a su retiro.

La Contraloría General del Estado examinara y confrontara las declaraciones e investigara los casos en que se presuma enriquecimiento ilícito. La falta de presentación de la declaración al término de las funciones o a la inconsistencia no justificada entre las declaraciones hará presumir enriquecimiento ilícito.

Cuando existan graves indicios de testaferrismos, la contraloría podrá solicitar declaraciones similares a terceras personas vinculadas con quien ejerza o hay ejercido una función pública”

Este mismo precepto lo encontramos en el Art. 50.1 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva. Declaración juramentada de bienes: “Todos los ciudadanos que de conformidad con la constitución de la convención Interamericana contra la corrupción, tengan la calidad de funcionarios públicos, además de lo establecido en la Constitución Política, Artículo 231 y que pertenezcan a las entidades y organismo previstos en el Artículo 255 de la Constitución, están obligados a efectuar su declaración patrimonial.

En el Artículo 11 de la Constitución, numeral 9, inciso segundo y tercero, está indicada la responsabilidad:

“El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actué en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u

omisiones de sus funcionarios y funcionarias, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargo.

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, administrativas y penales.”

Entonces tenemos que los delitos en la administración pública pueden originarse por actos administrativos, que pueden ser por omisión o negligencia, que tendrán como consecuencia acciones civiles y penales. En el caso de las consecuencias penales están algunos tipificados en el Código Penal, que tiene como sujeto activo al funcionario público y como sujeto pasivo al usuario o administrativo que requiere ser atendido por la administración pública.

Por ejemplo en el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, al referirse en el Art...50.2, sobre la vigilancia y fiscalización de los actos del poder público, expresa:

Las administraciones publicas central e instituciones de la función Ejecutiva respetaran y garantizaran el derecho ciudadano a vigilar y fiscalizar los actos del poder público consagrado en la Constitución.

En este sentido, ningún funcionario podrá negar a los ciudadanos el acceso a la documentación que se halle en su poder en razón de sus funciones a su cargo o de archivos que se hallen en su custodia. Excluyéndose aquellos que la ley los haya declarado reservado.

El incumplimiento de esta disposición y la consiguiente lesión de los derechos constitucionales de los ciudadanos serán sancionados conforme al Artículo 213 del Código Penal.

Precisamente producto de esa potestad de vigilancia y fiscalización de los actos del poder público, es que se tiene el sustento legal y la legitimidad como eficacia jurídica para conforme el Artículo...50.3, del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, presentar una denuncia:

“Cualquier ciudadano tienen la facultad de presentar denuncias de actos de corrupción siempre que lo haga por escrito, se identifique con nombres y apellidos y señale dirección y domicilio.

Todas las instituciones del sector público, cualquiera sea el hecho o el responsable tienen la obligación de recibir sin más trámite ni formalidad que el previsto en el inciso anterior, las denuncias ciudadanas por actos de corrupción imputables a cualquier servidor público.”

La misma Constitución señala que la ciudadana y el ciudadano tienen derechos de denunciar también actos de corrupción al Consejo de Participación Ciudadana.

Debemos de tener claro que los delitos en la administración pública pueden darse por la omisión o negligencia y se rigen por los procedimientos contemplado en el Derecho Administrativo, que son de carácter administrativo y terminan en la jurisdicción de lo contencioso administrativo y los delitos penales tipificados en el Código Penal.

Tratemos los delitos en la administración pública que no conllevan una tipicidad de carácter penal. Es decir:

Analizar los actos y decisiones administrativas, sus efectos y los derechos de los administrados, frente a la arbitrariedad o ilegalidad de los funcionarios administrativos.

Conocer los procedimientos administrativos y contenciosos como medios del ejercicio de la tutela de los derechos de los administrados frente a los actos emanados de la administración.

En este ámbito confluyen el Derecho Administrativo, el Derecho Constitucional y el Derecho privado.

VII.A. Relaciones entre el Derecho Administrativo, el Derecho Constitucional y el Derecho Privado.

En lo que se refiere al presente concepto, podemos afirmar que tanto el Derecho Privado como el Derecho Administrativo tienen diferencias y relaciones. Ya que el Derecho Administrativo como una rama del Derecho Público se distingue del Privado, porque mientras que el primero tiene la finalidad de satisfacer el interés colectivo, el segundo sólo se refiere al interés de los particulares.

La inexactitud de ésta distinción es manifiesta si se tiene en cuenta que el Derecho, en todos los aspectos que se le considere constituye un fenómeno social cuya finalidad es siempre conciliar la actividad de los componentes de la sociedad para hacer posible la vida en común, es decir, para satisfacer un interés colectivo. De suerte tal, que aún consientes de la dificultad que existe para poder definir en términos generales los casos de aplicación al Estado de las normas del derecho Privado, es prudente destacar que las normas del Derecho Público serán aplicables en todos aquellos casos en que la actividad del Estado se vincule con la subsistencia misma de la organización estatal o con el cumplimiento de las atribuciones que le corresponden, dejando para el derecho privado todas las actividades que no estén en esas condiciones.

Sin embargo, aunque en los casos de relación con el Derecho Privado sean los que establecen el Derecho Civil Especial, con el Derecho Constitucional sí guarda una estrecha relación puesto que ambas ramas del Derecho corresponden al Derecho Público, mientras que el Derecho Constitucional regula la estructura de la administración pública y el funcionamiento

de los órganos políticos supremos, el Derecho Administrativo establece el conjunto de normas que regulan los servicios públicos a cargo de cada uno de los órganos políticos supremos y norma la organización y funciones del Poder Ejecutivo.

VII.B. Relaciones del derecho administrativo con otras ramas del derecho y otras ciencias sociales.

El Derecho Administrativo forma parte de nuestro Orden Jurídico y por lo tanto aun cuando reúne las condiciones del conocimiento científico, no debemos considerarlo aislado, sino íntimamente relacionado, por subordinación o por colaboración con otras ramas del derecho, fundamentalmente con el Derecho Constitucional, con el Derecho Procesal, con el Derecho Civil, con el Derecho Penal y con el Derecho Internacional.

El Derecho Constitucional comprende todas las normas que se refieren a la estructura misma del Estado, a la organización y relaciones entre los Poderes Públicos y a los Derechos fundamentales de los individuos, en tanto que constituyen una limitación para la actividad misma del Estado. El artículo 133 de la Constitución General de la República establece el principio de la Supremacía Constitucional, al autodefinirse como la "Ley Suprema de toda la Unión"; y por lo mismo, resulta obvio que todas las ramas del Derecho quedan subordinadas al Derecho Constitucional, peso sin perder la autonomía que corresponde a cada una de ellas.

El maestro Gabino Fraga explica que en tanto el Poder Legislativo se refiere al establecimiento de normas abstractas e impersonales y por lo mismo no tiene relaciones con los particulares, el funcionamiento de los poderes Ejecutivo y Judicial si implica la necesidad de regular las relaciones con los particulares, y por ello, "se derivan del Derecho Constitucional dos ramas: la del Derecho Administrativo y la del Derecho Procesal regulando cada una de ellas la organización y funcionamiento de los Poderes Ejecutivo y Judicial,

respectivamente". En consecuencia, si el Derecho Administrativo se desprende del Derecho Constitucional, es incuestionable que exista una relación de subordinación entre éste y aquel.

Igualmente, es ostensible la relación entre el Derecho Administrativo y el Procesal, porque aun cuando éste último regula fundamentalmente los procedimientos Civiles y Penales, resulta frecuente que en ausencia de procedimientos típicamente diferenciados para la aplicación del Derecho Administrativo, se utilizan normas del Derecho Procesal, siempre que no contravengan el interés público, y en tanto se llega a crear con características definitivamente autónomas el Derecho Procesal Administrativo. Por otra parte, la Función Administrativa complementa muchas veces el Procedimiento Judicial en su fase de ejecución, prestándole el auxilio a los Tribunales para la ejecución de sus resoluciones Civiles o Penales.

Muy a pesar de que el Derecho Administrativo está ubicado dentro del Derecho Público, en tanto que el Civil está comprendido dentro del Derecho Privado, es bien conocida la tendencia de asimilar las Instituciones del Derecho Administrativo al Derecho Civil, e incluso algunas expresiones de éste último han pasado al primero, en lo que se refiere a los Contratos Administrativos, a la prestación de servicios, a las servidumbres públicas, etc., pero debemos ser cuidadosos para evitar confusiones, puesto que en el Derecho Administrativo interesa el bien público, por encima y aún con el sacrificio de los intereses privados que tutela el Derecho Civil.

El Derecho Penal acude en auxilio del Derecho Administrativo, en una relación de colaboración, cuando se trata de darle tutela más enérgica a las disposiciones administrativas, como es el caso de las medidas de apremio, o de algunas figuras típicas como el delito de defraudación fiscal o el delito de retención total o parcial de salarios. Asimismo, la ejecución de las sanciones penales corresponde al Poder Ejecutivo, auxiliándose de los órganos que tiene a su cargo el Servicio Penitenciario, regulado por disposiciones Administrativas.

También existe la relación del Derecho Administrativo con el Derecho Internacional, puesto que en muchos casos los convenios y tratados internacionales comprenden compromisos de los Estados Soberanos, para aplicar disposiciones dentro de sus respectivas administraciones públicas; son, en esencia, ficciones extraterritoriales del propio Derecho Administrativo en su aspecto material. Por ejemplo, los programas internacionales para prevenir o controlar epidemias, para vacunación, para evitar tráfico de drogas y los aún muy recientes, tendientes a evitar el terrorismo y la piratería aérea.

VII.C. El Marco Constitucional Ante Delitos En La Administración Pública

La tutela judicial.-

Una de las primeras manifestaciones de tutela judicial en cuanto a actos administrativos o jurídicos manifestados por el Sector Público a través de sus diferentes entes de la Administración Pública, está señalado en el Artículo 66 de la Constitución vigente, que indica en su numeral 23, que se reconoce y garantiza el derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas. Y que no se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo.

Artículo 75. CP.- “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 quedara en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.”

El asunto de la motivación nos lleva a establecer la importancia de lo determinado en el Artículo 76 de la Constitución en su numeral i].

En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurara el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

Literal i: Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

En relación a lo señalado anteriormente debemos de citar el Artículo 11 Numeral 9: “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actué en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias o funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparara a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por

tales actos de servidora o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá contra ellos.”

Por otro lado vale anotar lo expresado en el Artículo No.11 CP.:

Numeral 1.- Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizaran su cumplimiento.

Numeral 3.- “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento”.

Numeral 5.- “En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que mas favorezca su efectiva vigencia.”

Artículo 84. CP. “La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar , formal y materialmente , las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentaran contra los derechos que reconoce la Constitución.”

Otra tutela judicial constitucional encontramos en el Artículo 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:

No.4.- Conocer y resolver, a petición de parte, la inconstitucionalidad contra los actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto administrativo.

No.5.- Conocer y resolver, a petición de parte, las acciones por incumplimiento que se presente con finalidad de garantizar la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera sea su naturaleza o jerarquía, así como para el cumplimiento de sentencias...”

VII.D. La Administración Pública

Por otro lado la Constitución consagra un principio fundamental en el Derecho Publico Interno, en su Artículo 226 al señalar:

“Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la Ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución. Ejemplo de coordinación, Ley de Propiedad Intelectual Artículo 342.- [Impedimentos de ingreso o exportación de productos].-

“La Corporación aduanera Ecuatoriana y todos quienes tengan el control del ingreso o salida de mercadería al o desde el Ecuador, tienen la obligación de impedir que ingresen o exporten productos que de cualquier modo violen los derechos de propiedad intelectual.

Si a petición de parte interesada no impidieren el ingreso o exportación de tales bienes, serán considerados cómplices del delito que se cometa, sin perjuicio de la sanción administrativa que corresponda.

Cuando impidieran, de oficio o a petición de parte, el ingreso o exportación de cualquier producto que viole los derechos de propiedad intelectual, lo pondrán en conocimiento mediante informe pormenorizado al Presidente del IEPI, quien en el término de cinco días confirmara o revocara la medida tomada. Confirmada la medida, los bienes serán puestos a disposición del fiscal competente....”. Se está ejerciendo la tutela administrativa de los Derechos de Propiedad Intelectual.

Artículo 86.CP.- “Si la sentencia o resolución no se cumple por parte de servidoras o servidores públicos, la jueza o juez ordenara su destitución del cargo o empleo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar.”

Artículo 173. CP.- Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la función judicial.

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

El Artículo 227 de la Constitución expresa: “La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación”

Se rigen por la Ley Orgánica del Servicio Público.

El Artículo 147 CP determina que son atribuciones y deberes de la Presidenta o Presidente de la República, además de lo que determine la ley:

No.5.- Dirigir la administración pública en forma desconcentrada y expedir los decretos necesarios para su integración, organización, regulación y control.

No.6.- Crear, modificar y suprimir los ministerios, entidades e instancias de coordinación.

Por lo tanto el Presidente de la República es el responsable de la administración pública.

La administración pública es el Sector Público que opera en sus diferentes niveles de gobiernos y generan actos administrativos.

VII.E. El Acto Administrativo.- Art.65 [ERJAFE]

Nuestra Constitución Política prescribe el principio de la legalidad para la actuación de la Administración Pública central e institucional, en su texto normativo señala que:

“Las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la Ley, y tendrán el deber de coordinar sus acciones para la consecución del bien común.”

Es el principio que fundamenta el Estado de Derecho y es de gran trascendencia para el Derecho Público Interno, en especial para el Derecho Administrativo, pues, se traduce en el sometimiento de los poderes públicos al Ordenamiento jurídico. Esto es, toda actuación de la administración Pública debe estar justificada por norma jurídica previa.

Es decir que la tipicidad de los actos administrativos implica que:

En cuanto al acto administrativo, su contenido, no es libre, no puede ser rellenado con cualquier contenido, sino solamente con el previsto en la norma y adecuados a los fines de aquellos. Es lo que diferencia al acto administrativo del acto jurídico privado y, también una de las diferencias que existen entre la Administración Pública y los sujetos privados. La Administración Pública no goza de autonomía de voluntad; no puede dar a sus actos contenido arbitrario, es decir, el contenido que quiera, sino solamente el previsto en la norma. Estos son los denominados actos reglados.

No obstante, hay actos administrativos en los que la administración pública goza de una cierta capacidad de modulación y de apreciación de contenido de los actos, pero solo cuando la norma lo autoriza y dentro de los límites que señala. Estos son los denominados actos discrecionales. Pero esta es la excepción, consecuencia del insuficiente grado de desarrollo o perfeccionamiento del Estado de Derecho, aunque lo ideal es que la Administración Pública consigne sus actos administrativos siempre como típicos, con un contenido previamente establecido en la norma.

VII.F. La discrecionalidad.- [Reglamento para el control de la discrecionalidad en los actos de la administración pública- Decreto No.3179 [Registro Oficial 686,18-X-2002] Presidencia del Dr. Gustavo Noboa Bejarano.]

En lo que se refiere a los actos discrecionales, la potestad discrecional de la administración en la producción de actos administrativos se justifica en la presunción de racionalidad con que aquella se ha utilizado en relación con los hechos, medios técnicos y la multiplicidad de aspectos a tener en cuenta en su decisión , a fin de que la potestad discrecional no sea arbitraria , ni sea utilizada para producir una desviación de poder sino, antes al contrario , ha

de fundarse en una situación fáctica probada, valorada a través de previos informes que la norma jurídica de aplicación determine e interpretados y valorados dentro de la racionalidad del fin que aquella persigue.

La discrecionalidad respaldada por el derecho implica la elección de una entre varias opciones igualmente validas, dentro de los límites de la potestad y de la competencia del órgano administrativo. Por ello todo acto administrativo dictado en ejercicio de la potestad discrecional reglada es impugnabile en vía administrativa o judicial.

Hay que tomar en cuenta de forma previa a la expedición de los actos administrativos , los funcionarios cuidaran que exista una adecuada y correcta apreciación de los presupuestos de hechos determinantes , y una acertada valoración que conduzca a que la toma de decisión se ajuste plenamente a los hechos que determinan la expedición del acto.

VII.G. La Motivación.-

De ahí la importancia de que siempre que la administración dicte actos administrativos, es requisito indispensable que motive su decisión, en términos de la Constitución y del Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de la administración Pública.

La motivación no es un requisito de carácter meramente formal, sino que lo es de fondo e indispensable , porque solo a través de los motivos pueden los interesados conocer las razones que justifican el acto, porque son necesarios para que pueda controlarse la actividad de la administración , y porque solo expresándolos puede el interesado dirigir contra el acto las alegaciones y pruebas que correspondan según lo que resulte de dicha motivación que, si se omite , puede generar la arbitrariedad e indefensión prohibidas por la Constitución.

La motivación se constituye como la necesaria justificación de la discrecionalidad reglada administrativa, que opera en un contexto diferente al de la propia decisión. Aquella será

atacable en materialidad a través de la desviación de poder o la falta de causa del acto administrativo, pero en el caso de los actos discrecionales encontrara su principal instrumento de control en la justificación, precisamente por la atenuación de la posible fiscalización sobre los otros elementos del acto administrativo.

La motivación de los actos administrativos por tanto, se realizara de conformidad con lo que dispone la Constitución y la Ley y la normativa aplicable. La falta de motivación entendida esta como la enunciación de las normas y de los hechos particulares, así como la relación coherente entre estas y aquellos produce la nulidad absoluta del acto administrativo o resolución. El acto deberá ajustarse a lo dispuesto en el Reglamento para el Control de Discrecionalidad de los Actos de la Administración Pública.

VII.H. Finalidad Del Acto Discrecional.-

De ahí, que la finalidad del acto discrecional debe ser cierto y jurídicamente posible, debiendo tender a la finalidad prevista en la normas que otorgan las facultades pertinentes [potestad y competencia] del órgano emisor sin poder perseguir encubiertamente otros fines públicos o privados distintos de los que justifican el acto, su causa y objeto. Por tanto el elemento finalidad adquiere su principal importancia en la valoración del acto discrecional. Por lo tanto las medidas que el acto discrecional involucre deben ser proporcionalmente adecuadas a la finalidad perseguida y también haberse aplicado el principio de razonabilidad, esto es que el control de la actividad discrecional debe confirmar , finalmente , si el proceso de la toma de decisión fue efectuado con sujeción al ordenamiento jurídico, conforme a los límites señalados en el Reglamento para el Control de la discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública, y si la decisión discrecional , siendo racional puede y debe ser calificada como razonable.

VII.I. Clases De Actos Administrativos.-

El Acto Administrativo es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales y generales de forma directa. [Art.65 EJARFE].

Los acto administrativos también son actos jurídicos – públicos pero de mayor debilidad, pues, su validez depende de la creación unilateral e imposición de derechos y obligaciones acorde con la finalidad pública y, además, de conformidad con la legalidad imperante y, por tanto su eficacia descansa en la presunción iuris tantum de legalidad. La ley, en sentido amplio es, pues el fundamento de poder dictar actos administrativos. La Ley otorga el poder crear unilateralmente e imponer situaciones jurídicas, con la condición que tiendan a la satisfacción de la necesidad que ella les ha señalado como fin y de acuerdo con las normas legales establecidas. Los actos administrativos crean e imponen obligaciones, derechos que viven y cumplen su misión mientras no se demuestre y se declare que la presunción de legalidad en que descansan es falsa. Cuando esta presunción se destruye, los efectos del acto desaparecen.

Los actos administrativos normativos o de simple administración que dicte la Administración Pública Central, bien de oficio o a instancia del interesado se producirán por el órgano competente ajustándose al procedimiento establecido. [Art.70. Y 80 .EJRAFE.]

El contenido de los actos se ajustara a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquellos. Sin embargo serán elementos sustanciales del acto los siguientes:

A] Indicación del titular del órgano;

B] Indicación de la norma que atribuye la potestad al órgano y a su titular para expedirlo;

C] Indicación clara de los fundamentos de hecho y las normas aplicables al caso, así como su relación; y,

D] Indicación de los actos de simple administración, informes, estudios o actos de trámite que han conformado el procedimiento administrativo previo a la expedición del acto.

VII.J. Notificación.- [ART 126. ERJAFE].

Para su plena vigencia como validez deberán ser obligatoriamente notificados al administrado y mientras no lo sean no tendrán eficacia con respecto a quienes se haya omitido la notificación.

Es decir que debe notificarse a los interesados las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses.

Las notificaciones se practicarán por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado.

Los actos administrativos se presumen legítimos y deben cumplirse desde que se dicten y, de ser el caso, se notifiquen.

VII.K. Impugnación De Los Actos Administrativos.- [Art. 69 del EJRAFE].

Todos los actos administrativos expedidos por los órganos y entidades, serán impugnables en sede administrativa o judicial.

El Artículo 173 de la Constitución señala: “Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los

correspondientes órganos de la Función Judicial.” [Relacionarlo con el Artículo 69 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva].

La impugnación en la sede administrativa se hará de conformidad con la normativa respectiva. La impugnación en sede judicial se someterá a las disposiciones legales aplicables.

En todo caso, quien se considere afectado por un acto administrativo lo podrá impugnar judicialmente ante una de las Salas de lo Contencioso Administrativo de manera directa. No será necesario para el ejercicio de este derecho el que haya precedido reclamación administrativa previa la misma que será optativa. Artículo 185, Código Orgánico de la Función Judicial.

VII.L. Actos de Simple administración.- [Art.70. EJRAFE].

Es toda declaración unilateral interna o ínter orgánico, realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma indirecta en vista de que solo afectan a los administrados a través de los actos, reglamentos y hechos administrativos, dictado o ejecutados en su consecuencia.

Se requerirá de dictámenes e informes cuando ello sea obligatorio en virtud de las normas de procedimientos administrativos.

El dictamen tiene el propósito de facilitar elementos de opinión o juicio, para la formación de la voluntad administrativa y forma parte de los actos previos a la emisión de dicha voluntad.

El dictamen o informe se integra como una etapa de carácter consultivo–deliberativo en el procedimiento administrativo de conformar la voluntad administrativa.

El contenido del dictamen contendrá: a] Resumen de la cuestión objeto de la consulta. B] Relación de los antecedentes que sirvan de elementos de juicio para resolver; y, c] Opinión concreta y fundada en normas jurídicas o técnicas aplicables a la cuestión consultada.

Los informes por su parte, referirán concretamente los antecedentes y circunstancia que hayan sido requeridas.

VII.M. Los Actos Jurídicos - normativos.- [Art.80. EJRAFE.]

El acto jurídico normativo es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales, objetivos de forma directa. De conformidad con la Constitución corresponde al presidente de la República, el ejercicio de la potestad reglamentaria. Un acto normativo no deja de ser tal por el hecho de que sus destinatarios puedan ser individualizados, siempre que la decisión involucre a la generalidad de los diversos sectores. Ejemplo: La declaración patrimonial. La Ley de Equidad Tributaria.

Son en esencia actos jurídicos – públicos, pues constituyen manifestación de voluntad de los poderes públicos y se encuentran, en razón de ser tales, protegidos por la presunción de validez propia de cualquier acto propio de estos poderes. Por ello es que los actos jurídicos-públicos no pueden ser extinguidos por la simple voluntad de la autoridad, sino siguiendo el procedimiento que impone el ordenamiento jurídico.

Los actos normativos serán expedidos por el respectivo órgano competente. La iniciativa para su expedición deberá ir acompañada de los estudios e informes necesarios que justifique su legitimidad y oportunidad.

La expedición de actos normativos será necesario expresar la norma legal en que se basa. No será indispensable exponer consideraciones de hecho que justifiquen su expedición.

Los actos normativos surtirán efectos desde el día en que su texto aparece publicado integralmente en el Registro Oficial. En situaciones excepcionales y siempre que se trate de actos normativos referidos exclusivamente a potestades de los poderes públicos o en casos de urgencia debidamente justificada , se podrá disponer que surtan efecto desde la fecha de su expedición.

Las personas que se consideren afectados directamente por las disposiciones de los actos normativos o por los actos de ejecución de los mismos podrán pedir su derogatoria o reforma en sede administrativa, sin perjuicio del derecho que les asiste de impugnarlo judicialmente.

VII.N. Extinción y reforma de los actos administrativos. [Art.89. ERJAFE]

Los actos administrativos que expidan los órganos y entidades sometidos a su respectiva Ley, se extinguen o reforman en sede administrativa de oficio o a petición del administrado.

En general se extinguirán los actos administrativos por el cumplimiento de alguna modalidad accidental a ellos, tales como el plazo o condición.

Los actos administrativos opondrán extinguirse o reformarse en la sede administrativa por razones de oportunidad o legitimidad.

La extinción o reforma de oficio de un acto administrativo por razones de oportunidad tendrá lugar cuando existen razones de orden público que justifican declarar extinguido dicho acto administrativo.

El acto administrativo que declara extinguido un acto administrativo por razones de oportunidad no tendrá efectos retroactivos.

Extinción de oficio por razones de legitimidad.- Cualquier acto administrativo expedido por los órganos y entidades sujetas a la Ley, deberá ser extinguida cuando se encuentre que dicho acto contiene vicios que no pueden ser convalidados o subsanados.

El acto administrativo que declara extinguido un acto administrativo por razones de legitimidad tiene efectos retroactivos.

Art. 94. [EJRAFE]. Vicios que impiden la convalidación del acto.- No son susceptibles de convalidación alguna y en consecuencia se consideran nulos de pleno derecho:

A] aquellos actos dictados por un órgano incompetente por razones de materia, territorio o tiempo;

B] Aquellos actos cuyo objeto sea imposible o constituya un delito; y,

C] Aquellos actos cuyos presupuestos facticos no se adecuen manifiestamente al previsto en la norma legal que se cita como sustento.

Tampoco son susceptibles de convalidación aquellos actos cuyo contenido tenga por objeto satisfacer ilegítimamente un interés particular en contradicción con los fines declarados por el mismo acto, así como los actos que no se encuentran debidamente motivados.

Vicios susceptibles de convalidación.- [Art. 95. ERJAFE.] Todos los demás actos que incurran en otras infracciones al ordenamiento jurídico que las señaladas anteriormente, inclusive la desviación de poder, son anulables y por lo tanto podrán ser convalidados por la autoridad tan pronto como dichos vicios sean encontrados con el propósito de garantizar la vigencia del ordenamiento jurídico. La convalidación de los actos regirá desde la fecha en que se expide el acto convalidatorio.

Si el vicio es de incompetencia por el grado, el acto viciado será convalidado por la autoridad jerárquica superior y si el vicio consistiere en la falta de alguna autorización, podrá ser convalidado mediante el otorgamiento de la misma por el órgano o autoridad competente.

Bajo ningún concepto los administrados podrán ser perjudicados por los errores u omisiones cometidos por los organismos y entidades sometidos a la Ley [Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva] en los respectivos procedimientos administrativos, especialmente cuando dichos errores u omisiones se refieran a tramites, autorizaciones o informes que dichas entidades u organismos conocían, o debían conocer, que debían ser solicitados o llevados a cabo. Se exceptúa cuando dichos errores u omisiones hayan sido provocados por el particular interesado.

Rectificaciones.- Los errores de hecho o matemáticos manifiestos pueden ser rectificadas por la misma autoridad de la que emana el acto en cualquier momento hasta tres años después de la vigencia de este. [Art. 98. EJRAFE.]

De la extinción y reforma de los actos normativos.- Los actos normativos podrán ser derogados o reformados por el órgano competente para hacerlo cuando así se lo considere conveniente. Se entenderá reformado tácitamente un acto normativo en la medida en que uno expedido con posterioridad contenga disposiciones contradictorias o diferentes al anterior. La derogación o reforma de una Ley deja sin efecto al acto normativo que la regulaba. [Art. 99. EJRAFE.]

VII.O. La Competencia Administrativa.- ARTICULO 84 [ERJAFE]

La competencia administrativa es la medida de la potestad que corresponde a cada órgano administrativo. La competencia es irrenunciable y se ejercerá por los órganos que la tengan

atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación, cuando se ejerza conforme a la Ley respectiva.

La competencia administrativa se mide en razón de:

A] La materia que se le atribuye a cada órgano, y dentro de ella según los diversos grados; b] El territorio dentro del cual puede ejercer legítimamente dicha competencia; y, c] El tiempo durante el cual se puede ejercer válidamente dicha competencia.

Los órganos administrativos serán competentes para resolver todos los asuntos y adoptar todas las medidas y decisiones que los consideren razonablemente necesarios para cumplir con sus objetivos específicos determinados en la Ley no obstante que dichos asuntos, medidas y decisiones no hayan sido expresa y detalladamente a ellos atribuidos.

Frente a peticiones o reclamaciones de los administrados, cuando un órgano administrativo estime, fuera de toda duda razonable, incompetente para el conocimiento y resolución de un asunto, se dispondrá el archivo correspondiente, debiendo notificar del particular al peticionario, sin perjuicio de que los interesados recurran o la renvíen al órgano que consideren competente. No funcionaria el silencio administrativo si el funcionario a quien va dirigido el escrito correspondiente es incompetente para resolver el asunto.

Los actos administrativos que dicten las administraciones públicas, sea de oficio o a instancia del interesado, se expedirán por el órgano competente y acorde al procedimiento establecido.

Potestad sancionadora.- art.192.- [ERJAFE].- principio de legalidad.-

La potestad sancionadora de la administración pública, reconocida por la Constitución se ejercerá cuando hay sido expresamente atribuida por una norma con rango de ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en la misma.

El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal.

Art.193.- [ERJAFE].-

Serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa.

Art.194.- [ERJAFE].- Principio de tipicidad.-

Solo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una ley.

Únicamente por la Comisión de Infracciones Administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la ley.

Las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica.

Art.195.- [ERJAFE].-

Solo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas naturales y jurídicas que resulten responsables de los mismos.

Art.196.- [ERJAFE].- Principio de proporcionalidad.-

Las sanciones administrativas, sean o no de naturaleza pecuniaria, en ningún caso podrá implicar, directa o subsidiariamente privación de la libertad.

Salvo lo previsto en la ley, en la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por la Administración Pública Central se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constituido de la infracción y la sanción

aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:

A] La existencia de intencionalidad o reiteración.

B] La naturaleza de los perjuicios causados; y,

C] La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme.

Art.197.- [ERJAFE].- Prescripción.-

Las infracciones y sanciones prescribirán según lo dispuesto en las leyes que las establezcan.

Art.199.- [ERJAFE].- Garantía de procedimiento.-

El ejercicio de la potestad sancionadora requerirá procedimiento legal establecido.

2.- En ningún caso se podrá imponer una sanción sin que se haya tramitado el necesario procedimiento.

VII.P. Reclamos y Recursos Administrativos.- Art.172 [ERJAFE]

Los reclamos administrativos.-

En las reclamaciones los interesados podrán petitionar o pretender:

A] La formulación de observaciones, consideraciones y reservas de derechos, cuando se impugnen los actos de simple administración;

B] La cesación del comportamiento, conducta o actividad; y,

C] La enmienda, derogación, modificación o sustitución total o parcial de actos normativos o su inaplicabilidad al caso concreto.

Ante quien debe de ser presentada.-

En cuanto a la tramitación de una reclamación, esta debe ser presentada ante el órgano autor del hecho, comportamiento u omisión; emisor del acto normativo; o ante aquel al cual va dirigido el acto de simple administración. El órgano puede dictar medidas de mejor proveer, y otras para atender el reclamo.

Objeto y clases.- ART.173 [ERJAFE]

Objeto: Contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio de difícil o imposible reparación a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de apelación y reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 129, 130 y 131 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. [ERJAFE].

La oposición a los restantes actos de trámite o de simple administración podrá alegarse por los interesados para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento.

Los convenios y tratado internacionales podrán sustituir los recursos de apelación o reposición, en supuestos o ámbitos determinados, y cuando la especialidad de la materia si lo justifique, por otros procedimientos tales como la conciliación, mediación o arbitraje, en los términos de dichos convenios y tratados internacionales y la Ley de Arbitraje y Mediación.

Contra las disposiciones administrativas de carácter general no cabra recurso en vía administrativa, sino solo reclamo. La falta de atención a una reclamación no da lugar a la aplicación del silencio administrativos, sin perjuicio de las responsabilidades previstas en la

Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios por parte de la Iniciativa Privada.

Los recursos contra un acto administrativo que se funden únicamente en la nulidad de alguna disposición administrativa de carácter general podrán interponerse directamente ante el órgano que dictó dicha disposición.

Art.174.- [ERJAFE] Recurso de Reposición.-

1.- Los actos administrativos que no ponen fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente, a elección del recurrente, en reposición ante el mismo órgano de la administración que los hubiera dictado o ser impugnados directamente en apelación ante los Ministros de Estado o ante el máximo órgano de dicha administración.

2.- Son susceptibles de este recurso los actos administrativos que afecten derechos subjetivos directos del administrado.

Art.176.- [ERJAFE].- Recursos de apelación. Objeto.-

1.- Las resoluciones y actos administrativos, cuando no pongan fin a la vía administrativa, podrán ser recurridos en apelación ante los Ministros de estado o ante el máximo órgano de dicha administración. El recurso de apelación podrá interponerse directamente sin que medie reposición o también podrá interponerse contra la resolución que niegue la reposición. De la negativa de la apelación no cabe recurso ulterior alguno en la vía administrativa.

2.- Son susceptibles de este recurso los actos administrativos que afecten derechos subjetivos directos del administrado.

Art.178.- [ERJAFE].- Recursos extraordinario de revisión.-

Los administrados o los ministros de Estado o las máximas autoridades de la Administración Pública Central autónoma, en el caso de resoluciones expedidas por dichos órganos, por sus subordinados o por entidades adscritas, podrán interponer ante los ministros de Estado o las máximas autoridades de la administración Pública Central autónoma la revisión de actos o resoluciones firmes cuando concurren algunas de las causas siguientes:

- 1.- Cuando hubiera sido dictados con evidente error de hecho o de derecho que aparezca de los documentos que figuren en el mismo expediente o de disposiciones legales expresas;}
- 2.- Cuando con posterioridad aparecieran documentos de valor trascendental ignorados al expedirse el acto o resolución que se trate;
- 3.- Cuando en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios falsos declarados en sentencia judicial, anterior o posterior a aquella resolución; y,
- 4.- Cuando la resolución se hubiere expedido como consecuencia de uno o varios actos cometidos por funcionarios o empleados públicos tipificados como delito y así declarado en sentencia judicial firme.

Art.179 – [ERJAFE].- Fin de la vía administrativa,-

Ponen fin a la vía administrativa:

- A] Las resoluciones de los recursos de apelación o revisión.
- B] Las resoluciones de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, salvo que una ley establezca lo contrario;
- C] Las demás resoluciones de órganos administrativos cuando una disposición legal o reglamentaria así lo establezca; y,

D] Los acuerdos, pactos, convenios o contratos que tengan la consideración de finalizadoras del procedimiento.

Art.180.- [ERJAFE].- Interposición de recurso.-

La interposición del recurso deberá expresar:

- 1.- El nombre y apellidos del recurrente, así, como la identificación personal del mismo.
- 2.- El acto que se recurre y la razón de su impugnación.
- 3.- Lugar, fecha, firma del recurrente, identificación del lugar o medio que se señale a efectos de notificaciones.
- 4.- Órgano de la Administración Pública Central o unidad administrativa al que se dirige.
- 5.- La pretensión concreta que se formula.
- 6.- La firma del compareciente, de su representante o procurador y la del abogado que los patrocina; y,
- 7.- Las demás particularidades exigidas, en su caso, por las disposiciones específicas.

VII.Q. La Jurisdicción Contenciosa Administrativa.-

Es aquella a la cual puede acudir un administrado que se siente afectado por un acto de la Administración Pública.

El Código Orgánico de la Función Judicial señala en su Artículo 216 que habrá salas de los Contencioso Administrativo en las Cortes Provinciales. Y el Artículo 217 determina las atribuciones y deberes de las mismas.

De igual manera encontramos en el Artículo 183 que indica que en la Corte Nacional de Justicia funcionaran las siguientes salas especializadas: I.- Sala de lo Contencioso Administrativo.

En el Artículo 185 se determina lo que conocerá esta Sala, desde el numeral 1 al numeral 8.

Silencio Administrativo

Es obligación de la Administración Pública resolver todos los procedimientos administrativos en los plazos establecidos, pero es necesario garantizar los derechos e intereses de los ciudadanos involucrados en los mismos y, para cumplir ese efecto garantizador, se instituye el silencio administrativo por el que se entiende que surge un acto administrativo presunto o, bien, se abre la puerta para acceder a la sede judicial con la impugnación respectiva. Es decir el ordenamiento jurídico le atribuye efectos jurídicos al incumplimiento de la Administración Pública de resolver los procedimientos administrativos, lo que equivale a afirmar que el silencio administrativo instituye una ilegalidad, pues la reconoce y hace fluir de ella consecuencias jurídicas.

En nuestro ordenamiento jurídico la regla general es que el silencio administrativo es positivo, pues, tiene como efecto el nacimiento de un acto administrativo presunto. Es decir, el silencio administrativo es de efectos positivos.

El Art.28 de la Ley de Modernización del Estado se refiere al mismo y expresa:

“Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En todos los casos vencidos el respectivo término se

entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobado o que la reclamación ha sido resuelta a favor del reclamante.

Para este efecto, el funcionario competente de la institución del Estado tendrá la obligación de entregar, a pedido del interesado, bajo pena de destitución, una certificación que indique el vencimiento del término antes mencionado, que servirá como instrumento público para demostrar que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente por silencio administrativo, a fin de permitir al titular el ejercicio de los derechos que correspondan.

En el evento de que cualquier autoridad administrativa no aceptare un petitorio, suspendiere un procedimiento administrativo o no expidiere una resolución dentro de los términos previstos, se podrá denunciar el hecho a los jueces con jurisdicción penal como un acto contrario al derecho de petición garantizado por la Constitución de conformidad con el Artículo 212 del Código Penal, sin perjuicio de ejercer las demás acciones que le confieren las leyes.

La máxima autoridad administrativa que comprobare que un funcionario inferior ha suspendido un procedimiento administrativo o se ha negado a resolverlo en un término no mayor a quince días a partir de la fecha de su presentación, comunicara al ministro fiscal del respectivo Distrito para que Este excite el correspondiente enjuiciamiento.”

VII.R. Derechos y Procedimiento de los Administrados.-

Conforme al Artículo 66 de la Constitución No.23, se reconoce y garantiza a las personas el derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o repuestas motivadas.

Artículo 173 de la Constitución que señala que los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como antes los correspondientes órganos de la Función Judicial.

Con dicho antecedentes podemos señalar que en cuanto al procedimiento administrativo, es que la iniciación del Procedimiento. Y las clases del mismo está indicado en el Art. 135 del EJRAFE, que señala que los procedimientos podrán iniciarse de oficio o a solicitud de la persona interesada. Por ello se indica que los procedimientos se iniciaran de oficio por resolución del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia.

Se facultad que con anterioridad a la resolución de iniciación, podrá el órgano competente abrir un periodo de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento

En el Código Penal están tipificados los delitos penales contra la administración pública señalando los siguientes, muchos de los cuales los hemos analizado en la introducción y otros capítulos de la tesis:

De la coligación, de la concusión, del cohecho, del peculado y la malversación de fondos, del enriquecimiento ilícito.

El Delito y La Administración Pública, en tal sentido es conveniente precisar que los Delitos contra la Administración Pública, se encuentran previstos en el Código Penal, referentes a Delitos cometidos por particulares, Delitos cometidos por Funcionarios Públicos, y Delitos contra la Administración de Justicia, aquí hay que distinguir que los delitos cometidos por particulares el agente activo es cualquier persona natural, en cambio en los Delitos cometidos

por Funcionarios Públicos el agente activo es funcionario o servidor público, en este sentido el Código Penal señala que se consideran funcionarios o servidores públicos:

- 1.- Los que están comprendidos en la carrera administrativa.
- 2.- Los que desempeñan cargos políticos o de confianza. Incluso si emanan de elección popular.
- 3.- Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos.
- 4.- Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.
- 5.- Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.
6. Los demás indicados por la Constitución Política y la Ley.

Abuso de Autoridad.-

El funcionario público que, abusando de sus atribuciones, comete u ordena en perjuicio de alguien, un acto arbitrario cualquiera.

Concusión.-

El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial.

Colusión.-

El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su

cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros.

Peculado.-

El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo.

Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos.

Peculado de uso.-

El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública o que se hallan bajo su guarda.

Malversación de fondos.-

El funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada.

Cohecho Pasivo Propio.-

El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas.

El funcionario o servidor público que solicita directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas.

Cohecho Pasivo Impropio.-

El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio indebido para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación, o como consecuencia del ya realizado,

El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja indebida para realizar un acto propio de su cargo o empleo, sin faltar a su obligación.

Cohecho Pasivo específico.-

El Magistrado, Arbitro, Fiscal, Perito, Miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, a sabiendas que es hecho con el fin de influir o decidir en asunto sometido a su conocimiento o competencia.

El Magistrado, Arbitro, Fiscal, Perito, Miembro de Tribunal Administrativo o cualquier otro análogo a los anteriores que bajo cualquier modalidad solicite, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, con el fin de influir en la decisión de un asunto que esté sometido a su conocimiento.

Cohecho Activo Genérico.-

El que, bajo cualquier modalidad ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones.

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación.

Cohecho Activo específico.-

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio a un Magistrado, Fiscal, Perito, Arbitro, Miembro de Tribunal Administrativo o análogo con el objeto de influir en la decisión de un asunto sometido a su conocimiento o competencia.

Cuando el donativo, promesa, ventaja o beneficio se ofrece o entrega a un secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete o análogo.

Tráfico de influencia.-

El que, invocando o teniendo influencia reales o simuladas recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo.

Enriquecimiento ilícito.-

El funcionario o servidor público que ilícitamente incrementa su patrimonio, respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente.

VII.S. APORTACION.-

1.- Encontramos una legislación que necesita ser modernizada o actualizada en relación a los delitos en la administración pública, que tienen en uno u otro aspectos a sujetos activo y pasivo a quienes tienen la calidad de servidores públicos como también a particulares o administrados; que implica una racionalización y ubicación de normativas relacionadas con la materia, sea en lo administrativo o penal.

2.- Es necesario que la legislación dispersa en la que se aborda delitos en la Administración Pública, se codifique en lo podría denominarse Ley Orgánica de la Administración Pública; cuya base sería:

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva; el Código Penal; Código Orgánico de la Función Judicial; y, la Ley Orgánica del Servicio Público.

Teniendo como contenido:

- Ámbito y aplicación de la Ley.
- Que es la Administración Pública y quienes la integran.
- Los sujetos en la Administración Pública.
- Los actos Administrativos.
- Los recursos administrativos.
- De los Delitos Contra la Administración Pública.

Cabe resalta que en países como Venezuela y Colombia existe una Ley de la Administración Pública, que es distinta de una Ley de Servidores Públicos.

Como aportación a que se genere una Ley de Administración Pública esbozamos un proyecto de ley, en la que determinamos que el ciudadano identifique los delitos que se pueden darse en la administración pública.

Consideramos que ello es posible tomando como base el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Y leyes conexas como el Código Penal y la Ley Orgánica del Servicio Público.

Para presentar el presente proyecto de ley, necesitamos referirnos a la norma constitucional encontrada en el Art. 136 y siguientes, de la Constitución de la República del Ecuador, la misma que contiene el trámite para que el proyecto se convierta en ley, el mismo que es el siguiente:

Trámite para la aprobación de una ley

Los proyectos presentados solo obedecerán a una sola materia, serán presentados ante el Presidente de la Asamblea, con su respectiva exposición de motivos, articulados, y si es el caso de reforma o derogatoria, los artículos que esta ley reformaría o derogaría. Si no están presentes estos requisitos en el proyecto, no se dará a trámite.

El proyecto de ley será sometido a dos debates. El presidente de la Asamblea ordenará que se distribuya el proyecto entre los asambleístas, y este se remitirá a la Comisión pertinente que será la encargada de darle trámite.

Una vez aprobado el proyecto de ley por la Asamblea, esta lo remitirá al Presidente de la República para que lo sancione u objete. Una vez sancionado dicho proyecto por el Presidente, en el plazo de 30 días desde la recepción del mismo por este, se publicará en el Registro Oficial.

Si el caso fuera, que el Presidente objeta totalmente el proyecto de ley, este solo podrá ser considerado por la asamblea, después de un año a partir de la objeción; transcurrido este tiempo, la asamblea podrá ratificarlo en un solo debate, con el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros de la asamblea, y lo enviará inmediatamente al Registro Oficial para su publicación.

Si el caso fuere, el veto parcial, el Presidente enviará un texto alternativo que trate sobre la misma materia, y lo enviará a la asamblea, quién examinará la objeción dentro del plazo de 30 días, y podrá en un solo debate, allanarse a ella o enmendar el proyecto, con el voto favorable de la mayoría de asistentes a la sesión. También podrá ratificar el proyecto inicialmente propuesto, con el voto favorable de las dos terceras parte de los miembros de la Asamblea; en ambos casos la asamblea enviará el proyecto al Registro Oficial para su inmediata publicación, pero, si la asamblea no considerare la objeción dentro del plazo, el Presidente dispondrá la promulgación de la ley y su publicación en el Registro Oficial.

Si la objeción fuera por inconstitucionalidad, primero se tratará la inconstitucionalidad, se requerirá el dictamen de la Corte Constitucional, dentro del plazo de treinta días; si se confirmara la inconstitucionalidad total del proyecto, este se archivará y si fuera parcial, la asamblea realizara las enmiendas necesarias para que el proyecto pase a la sanción del Presidente. Si se dictamina que no existe inconstitucionalidad, la asamblea la promulgará y la publicará en el Registro Oficial.

El Presidente de la República, tiene la facultad de enviar proyectos de ley calificados de urgentes en materia económica; la asamblea podrá aprobarlos, negarlos o modificarlos en un plazo máximo de treinta días a partir de su recepción. El presidente no podrá enviar mas proyectos de esta clase mientras se encuentra en trámite el antes enviado, la excepción a esta regla es el Estado de excepción. Si la Asamblea no se pronunciare dentro del plazo estipulado,

el Presidente podrá ordenar que este sea publicado en el Registro Oficial en calidad de decreto-ley.

PROYECTO DE LEY ORGANICA DE LA ADMINISTRACION PUBLICA del Ecuador.

CONSIDERANDOS:

Que, encontramos una legislación que necesita ser modernizada o actualizada en relación a los delitos en la administración pública, que tienen en uno u otro aspectos a sujetos activo y pasivo a quienes tienen la calidad de servidores públicos como también a particulares o administrados;

Que, se debe realizar una racionalización y ubicación de normativas relacionadas con la materia, sea en lo administrativo o penal, y así controlar mejor la burocracia;

Que, en la actualidad, encontramos dispersa, toda la legislación referente a la Administración Pública, por lo que es necesario realizar un ajuste al sistema legal administrativo, para que todas las normas de carácter, contencioso administrativo, penal y civil, se encuentren en un práctico cuerpo legal.

Por lo tanto,

LA ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR.

DECRETA la siguiente,

LEY ORGANICA DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA.

TÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Objeto de la Ley

Artículo 1. La presente Ley tiene por objeto establecer los principios y bases que rigen la organización y el funcionamiento de la Administración Pública; los principios y lineamientos de la organización y funcionamiento de la Administración Pública Nacional y de la administración descentralizada funcionalmente; así como regular los compromisos de gestión; crear mecanismos para promover la participación y el control sobre las políticas y resultados públicos.

Ámbito de aplicación

Artículo 2. Las disposiciones de la presente Ley serán aplicables a la Administración Pública Nacional. Los principios y normas que se refieran en general a la Administración Pública que comprende , los organismos y dependencias de las Funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, electoral y de Transparencia y control Social, A LAS REGIONES,PROVINCIAS,CANTONES Y PARROQUIAS RURALES COMO TAMBIEN A LOS REGIMINES ESPECIALES, las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado; los organismos y entidades creados por la Constitución o la Ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicamente asumidas por el Estado; y , las personas jurídicas creadas por acto normativo de gobiernos autónomos descentralizados por la prestación de servicios públicos, serán de obligatoria observancia por éstos, quienes deberán desarrollarlos dentro del ámbito de sus respectivas competencias.

TÍTULO II

PRINCIPIOS Y BASES DEL FUNCIONAMIENTO Y ORGANIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Objetivo principal de la Administración Pública.

Artículo 3.

La administración Pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.

Principio de legalidad

Artículo 4. La Administración Pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad, por el cual la asignación, distribución y ejercicio de sus competencias se sujeta a la Constitución, a las leyes y a los actos administrativos de carácter normativo, dictados conforme derecho que constituyen Ley y que están incorporados al Sistema Jurídico Ecuatoriano; en garantía y protección de las libertades públicas que consagra los derechos de los ecuatorianos.

Principio de la Administración Pública al servicio de los particulares.

Artículo 5. La Administración Pública está al servicio de los particulares y en su actuación dará preferencia a la atención de los requerimientos de la población y a la satisfacción de sus necesidades.

La Administración Pública debe asegurar a los particulares la efectividad de sus derechos cuando se relacionen con ella. Además, tendrá entre sus objetivos la continua mejora de los procedimientos, servicios y prestaciones públicas, de acuerdo con las políticas fijadas y teniendo en cuenta los recursos disponibles, determinando al respecto las prestaciones que

proporcionan los servicios de la Administración Pública, sus contenidos y los correspondientes estándares de calidad.

Garantías que debe ofrecer la Administración Pública a los particulares.

Artículo 6. La Administración Pública desarrollará su actividad y se organizará de manera que los particulares:

A] Puedan ser atendidos en sus reclamos e impugnaciones de actos administrativos de la función pública, en forma eficiente y con celeridad.

B]. Puedan presentar reclamaciones sin el carácter de recursos administrativos, sobre el funcionamiento de la Administración Pública.

Derechos de los particulares en sus relaciones con la Administración Pública

Artículo 7. Los particulares en sus relaciones con la Administración Pública tendrán los siguientes derechos:

1. Conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan interés, y obtener copias de documentos contenidos en ellos.

2. Identificar a las autoridades y a los funcionarios o funcionarias al servicio de la Administración Pública bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos.

3. Obtener copia sellada de los documentos que presenten, aportándola junto con los originales, así como a la devolución de éstos, salvo cuando los originales deban obrar en un procedimiento.

4. Formular alegatos y presentar documentos en los procedimientos administrativos en los términos o plazos previstos legalmente.
5. No presentar documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate.
6. Obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar.
7. Ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades, funcionarios y funcionarias, los cuales están obligados a facilitar a los particulares el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones.
8. Ejercer, a su elección y sin que fuere obligatorio el agotamiento de la vía administrativa, los recursos administrativos o judiciales que fueren procedentes para la defensa de sus derechos e intereses frente a las actuaciones u omisiones de la Administración Pública, de conformidad con la ley.
9. Los demás que establezcan la Constitución de la República y la ley.

Garantía de la Constitución de la República del Ecuador.

Artículo 8.

Todos los funcionarios y funcionarias de la Administración Pública están en la obligación de cumplir y hacer cumplir la Constitución.

Los funcionarios y funcionarias de la Administración Pública incurren en responsabilidad civil, penal o administrativa, por omisión, negligencia actos según el caso, por los actos de

Poder Público que ordenen o ejecuten y que violen o menoscaben los derechos garantizados por la Constitución y la ley.

Garantía del derecho a petición

Artículo 9. Los funcionarios y funcionarias de la Administración Pública tienen la obligación de recibir y atender, sin excepción, las representaciones, peticiones o solicitudes que les formulen los particulares en las materias de su competencia ya sea vía fax, telefónica, electrónica, escrita u oral; así como de responder oportuna y adecuadamente tales solicitudes, independientemente del derecho que tienen los particulares de ejercer los recursos administrativos o judiciales correspondientes, de conformidad con la ley.

En caso de que un funcionario público o funcionaria pública se abstenga de recibir las representaciones o peticiones de los particulares o no den adecuada y oportuna respuesta a las mismas, serán sancionados de conformidad con la ley.

Responsabilidad de los funcionarios públicos y funcionarias públicas por violación de derechos humanos

Artículo 10. Sin perjuicio del derecho de acceso a la justicia establecido en la Constitución de la República y la ley, los particulares cuyos derechos humanos hayan sido violados o menoscabados por un acto u orden de un funcionario público o funcionaria pública, podrán, directamente o a través de su representante, acudir ante el Ministerio Público para que éste ejerza las acciones a que hubiere lugar para hacer efectiva la responsabilidad civil, laboral, penal, administrativa o disciplinaria en que hubiere incurrido dicho funcionario o funcionaria.

Igualmente, podrán acudir ante la Defensoría del Pueblo para que ésta inste al Ministerio Público a ejercer dichas acciones y, además, para que la Defensoría del Pueblo solicite que se

adopte las medidas a que hubiere lugar con respecto a tales funcionarios o funcionarias, de conformidad con la ley.

Principio de rendición de cuentas

Artículo 11. Las autoridades, funcionarios y funcionarias de la Administración Pública deberán rendir cuentas de los cargos que desempeñen, en los términos y condiciones que determine la ley.

Principio de publicidad normativa

Artículo 12. Todos los reglamentos, resoluciones y actos administrativos de carácter general dictados por la Administración Pública deberán ser publicados sin excepción en el Registro Oficial del Ecuador, según el caso, en el medio de publicación oficial de la Región, distrito metropolitano o municipio correspondiente.

Principio de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública

Artículo 13. La Administración Pública será responsable ante los particulares por la gestión de sus respectivos órganos, de conformidad con la Constitución.

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

La Administración Pública responderá por los daños que sufran los particulares, siempre que la lesión sea imputable a su funcionamiento.

Principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos

Artículo 14. La asignación de recursos a los órganos y entes de la Administración Pública se ajustará estrictamente a los requerimientos de su funcionamiento para el logro de sus metas y objetivos. El funcionamiento de la Administración Pública propenderá a la utilización racional de los recursos humanos, materiales y presupuestarios.

En los casos en que las actividades de los órganos y entes de la Administración Pública, en ejercicio de potestades públicas que por su naturaleza lo permitan, fueren más económicas y eficientes mediante la gestión del sector privado o de las comunidades, dichas actividades serán transferidas a éstos, de conformidad con la ley, reservándose la Administración Pública la supervisión, evaluación y control del desempeño y de los resultados de la gestión transferida.

La Administración Pública procurará que sus unidades de apoyo administrativo no consuman un porcentaje del presupuesto destinado al sector correspondiente mayor que el estrictamente necesario. A tales fines, los titulares de la potestad organizativa de los órganos y entes de la Administración Pública, previo estudio económico y con base en los índices que fueren más eficaces de acuerdo al sector correspondiente, determinarán los porcentajes mínimos de gasto permitido en unidades de apoyo administrativo.

Principio de la competencia

Artículo 15. Toda competencia otorgada a los órganos y entes de la Administración Pública será de obligatorio cumplimiento y ejercida bajo las condiciones, límites y procedimientos establecidos legalmente; será irrenunciable, indelegable, improrrogable y no podrá ser relajada por convención alguna, salvo los casos expresamente previstos en las leyes y demás actos normativos.

Toda actividad realizada por un órgano manifiestamente incompetente o usurpado por quien carece de autoridad pública es nula y sus efectos se tendrán por inexistentes.

Principio de jerarquía

Artículo 16. Los órganos de la Administración Pública estarán jerárquicamente ordenados y relacionados de conformidad con la distribución vertical de atribuciones en niveles organizativos. Los órganos de inferior jerarquía estarán sometidos a la dirección, supervisión y control de los órganos superiores de la Administración Pública con competencia en la materia respectiva.

El incumplimiento por parte de un órgano inferior de las órdenes e instrucciones de su superior jerárquico inmediato obliga a la intervención de éste y acarrea la responsabilidad de los funcionarios o funcionarias a quienes sea imputable dicho incumplimiento.

DE LOS DELITOS EN LA ADMINISTRACION PÚBLICA

Artículo 17.- Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representante a los cuerpos colegiados de las instituciones del estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito.

La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios, se iniciaran y continuaran incluso en ausencia de las personas acusadas.

Estas normas también se aplicaran a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.

ARTÍCULO 18.- PECULADO Y MALVERSACION DE FONDOS

Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años, los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público, que en beneficio propio o de terceros, hubieren abusados de dineros públicos o privados, que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo, ya consista el abuso en desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante.

Se entenderá por malversación, la aplicación de fondos distintos de los previstos, cuando este hecho implique, además, abuso en provecho personal o de terceros con fines extraños al servicio público.

ARTÍCULO 18.- COHECHO.

Todo funcionario público y toda persona encargada de un servicio público que aceptaren oferta o promesa, o recibieren dones o presentes, para ejecutar un acto de su empleo u oficio, aunque sea justo, pero no sujeto a retribución, pero no sujeto a retribución serán reprimidos conforme a la ley penal.

ARTÍCULO 19.- COLIGACION.

Cuando, coligándose dos o mas funcionarios públicos o cuerpos depositarios de alguna parte de la autoridad pública, sea en una reunión, o por diputación, o correspondencia entre ellos, concierten alguna medida para impedir, suspender o embarazar la ejecución de una ley, reglamento u orden superior, serán reprimido con prisión a seis meses a cinco años.

ARTÍCULO 20.- CONCUSION.

Los empleados públicos o las personas encargadas de un servicio que se hubieren hecho culpables de concusión, mandando a recibir, exigiendo o recibiendo lo que sabían que no era debido por derechos, cuotas, contribuciones, rentas o intereses, sueldos o gratificaciones, serán reprimidos con prisión.

Artículo 21.- Constituye enriquecimiento ilícito el incremento injustificado del patrimonio de una persona, producido con ocasión o como consecuencia del desempeño de un cargo o función pública, que no sea el resultado de ingresos legalmente percibidos.

Existen otros delitos que el Código Penal señala y que deben estar señalados en la ley orgánica de la Administración Pública, tales como:

- Funcionario público que incumpla deberes por negligencia.
- Funcionario Público que difiera ejecución de orden superior.
- Emisión de Reglamentos en exceso de atribuciones.
- Peculado por créditos vinculados o relacionados.
- Peculado por utilización de trabajadores remunerados por el Estado.
- Peculado por aprovechamiento de estudios, proyectos, informes o documentos certificados.
- Peculados por favorecer contratos públicos contra ley en virtud del cargo.
- Funcionario que cobren multa sin facultad o que teniéndola no otorguen recibos.
Destrucción de datos de red electrónica, encomendados en función del cargo.
- Negligencia de depositario para la destrucción de documentos a su cargo.
- Empleados públicos que tomen para si los bienes de subasta, embargo o adjudicación, personalmente o por terceros.
- Prevaricato.

Los delitos enumerados constituyen actos violatorios de los deberes que un funcionario público, que se convierten en delito sea por usurpación de atribuciones o abusos de autoridad, algunos de los cuales tratamos en el inicio del contenido de la tesis. De a tenemos delitos que cometen los ciudadanos o administrados contra organismos y funcionarios de la administración pública.

Del Derecho de Repetición.

Objeto y ámbito.

La repetición tiene por objeto declarar y hacer efectiva la responsabilidad patrimonial por dolo o culpa grave de las servidoras y servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, cuando el Estado ha sido condenado a reparar materialmente mediante sentencia o auto definitivo en un proceso de garantías jurisdiccionales o en una sentencia o resolución definitiva de un organismo internacional de protección de derechos.

Se considera como servidoras o servidora publicas a las personas que en cualquier forma o cualquier titulo trabajen, presten servicios o ejerzan su cargo, función o dignidad dentro del sector público.

La acción prescribirá en el plazo de tres años, contados a partir de la realización del pago hecho por el Estado.

Legitimación activa.

Investigación previa a la demanda,

La demanda

Tramite.

Sentencia.

Recurso de apelación.

DISPOSICIONES DEROGATORIAS.

DISPOSICIONES GENERALES.

DISPOSICION TRANSITORIAS

BIBLIOGRAFÍA

- **BIELSA**, Rafael. Tratado de Derecho Administrativo. S.I. S.e. 1958, t. III.
- **CREUS**, Carlos. Delitos contra la administración pública. Buenos Aires. Astera, 1981.
- **CREUS**, Carlos. Derecho penal. Parte especial, 3a ed. Buenos Aires. Astera, 1990. T. II.
- Consideraciones sobre el delito de atentado a la autoridad, **Revista de Derecho Penal y Criminología**. N° 3, 1969.
- **DONNA**, Edgardo. Teoría del delito y de la pena, tomo I.
- **MOLINARIO** y **AGUIRRE OBARRIO**. Los delitos, Tea, Buenos Aires, 1999, t. III.
- **NÚÑEZ**, Ricardo C. Derecho Penal Argentino, 2da. Edición, Lerner, 1974., t. VII.
- **ROXIN**, Claude. Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal.
- **ROXIN**, Claude. Derecho Penal. Parte general.
- **SOLER**, Claro. Derecho Penal argentino, 3a ed., 1970, tomo. II
- **ZAVALA EGAS**, Jorge. Derecho Administrativo. Odino 2005. Tomo I.
- Cronología del Caso Dahik. Publicado el 10 de diciembre de 1995. Recuperado de : <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/cronologia-del-caso-dahik-48608-48608.html>
- Sujetos Activos del peculado. Noviembre, 24 del 2005. Recuperado de http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&view=article&id=3480:sujetos-activos-del-peculado&catid=52:procedimiento-penal&Itemid=420
- El caso Marley. Recuperado de: <http://www.innovacion.com>.
- Corte Europea de Derechos Humanos. Sentencia del 20-3-97. "Lukanov vs. Bulgaria". *Bulletin on Constitutional Case-Law*: 1997.
- Mochila Escolar: la detención de Sandra Correa aviva caso. Publicado en Junio 18 del 2006. Recuperado de: <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/mochila-escolar-la-detencion-de-sandra-correa-aviva-caso-237697-237697.html>

- Ecuador: Los ex jueces implicados en los “borbuvidos”, sobreseidos. S. d. Recuperado de: http://la.migalhas.com/mostra_noticia_amanhecidas.aspx?cod=53224.
- El caso Bermeo lleva tres años en la Suprema sin sentencia. Publicado en Enero 2 del 2007. Recuperado de: <http://www.explored.com.ec/noticias-ecuador/el-caso-bermeo-lleva-tres-anos-en-la-suprema-sin-sentencia-255133-255133.html>
- Ley Orgánica Del Servicio Público. Quito, Editora Nacional. 2010.
- Código Orgánico De La Función Judicial. Editorial Jurídica del Ecuador. Edición 2009.
- Código Penal. Editorial Jurídica del Ecuador. Edición 2009.
- Estatuto Del Régimen Jurídico Administrativo De La Función Ejecutiva. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2006.
- Ley Orgánica De Garantías Jurisdiccionales Y Control Constitucional. Registro Oficial No.52, jueves 22 de Octubre del 2009.
- Constitución De La Republica Del Ecuador. Registro Oficial No.449, lunes 20 de octubre del 2008.