



FACULTAD DE DERECHO

“EL DÉLITO DE PECULADO DE LAS MÁXIMAS AUTORIDADES DE LOS  
GOBIERNOS AUTÓNOMOS DESCENTRALIZADOS, DERIVADO DE LOS  
PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA”

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos establecidos  
para optar por el título de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la  
República

Profesor Guía  
Dr. Pablo Encalada

Autora  
Zamira Mishell Andrade Galiano

Año  
2014

### **DECLARATORIA DEL PROFESOR GUÍA**

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema y tomando en cuenta la Guía de Trabajos de Titulación correspondiente”.

---

Dr. Pablo Encalada

C.I.: 1103857700

### **DECLARATORIA DEL ESTUDIANTE**

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”

---

Mishell Andrade Galiano

C.I.: 1718340340

## **AGRADECIMIENTOS**

Agradezco primero a Dios por darme las fuerzas necesarias para llegar a este gran sueño, ser abogada.

A mis padres porque siempre me apoyaron en toda mi carrera, sin la ayuda de ellos no lo hubiera logrado.

## **DEDICATORIA**

Dedico este trabajo a mis dos grandes amores a José Luis y Danna Rafaela por ser siempre mi inspiración, durante este largo tiempo de carrera.

## RESUMÉN

La presente tesis tiene como objetivo determinar el grado de responsabilidad que tienen las Máximas Autoridades de los Gobiernos Autónomos Descentralizados en el delito de peculado.

Demostrar si el delito de peculado en el Ecuador es doloso o culposo, dar a conocer que el delito de peculado se puede juzgar en ausencia del procesado, el mismo que no es imprescriptible, indicar los pasos pre contractuales que deben seguir las máximas autoridades para que no exista nulidad en la contratación, indicar los grados de responsabilidad penal que existen dentro del ámbito de la administración pública.

La metodología que se utilizó para el presente trabajo es investigación en libros, leyes, sentencias, artículos de revista e internet.

Se concluye que las máximas autoridades si tienen responsabilidad penal, siempre y cuando su actuar sea con dolo, es decir con la intención de causar daño, perjudicar el patrimonio del estado.

## ABSTRACT

The present thesis has the objective to determine the level of responsibility that the maximum authorities of responsibility that.

The maximum authorities a decentralized self-government has in peculate.

In Ecuador to demonstrate if the crime of peculate is deceit or offence show that peculate could be judged without the presence of the offender, the same that can't be imprescriptible, show the steps pre agreed. Those authorities have to follow so that the contracts won't be no idea show the level of penal responsibility that exists inside the public administration.

The methodology used to do this job of investigation in books, laws, judgments, magazine articles and internet.

To conclude the higher authorities have penal responsibility when their act is deceit meaning that they want to haven't or have intention of damaging the state patrimony.

# ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	1
<b>1. El peculado en general y en la teoría del delito</b> .....	2
1.1 Historia del peculado .....	2
1.2 Relevancia constitucional del delito de peculado.....	6
1.3 Elementos del delito.....	9
1.3.1 Delito.....	9
1.4 Análisis de la tipicidad objetiva y subjetiva, en el peculado como delito doloso no culposo en Ecuador.....	17
1.4.1 Tipo Objetivo.....	17
1.4.2 Tipo Subjetivo .....	19
1.4.3 La tipicidad subjetiva en el delito de peculado.....	20
<b>2. El régimen de contratación pública en los     Gobiernos Autónomos Descentralizados en     Ecuador</b> .....	25
2.1 Contratos más comunes que realizan los Gobiernos Autónomos Descentralizados .....	25
2.2 Procedimiento de como se llevan a cabo un contrato administrativo en los Gobiernos Autónomos Descentralizados.....	26
2.3 Contrato administrativo .....	30
2.3.1 Definición:.....	30
2.4 Quien ejerce el control a los contratos .....	31
<b>3. Sobre la responsabilidad penal de las Máximas     Autoridades en el delito de peculado en los     Gobiernos Autónomos Descentralizados</b> .....	33

3.1 Autoría, coautoría y complicidad.....	33
3.1.1 Autor y Cómplice .....	35
3.1.1.1 Cómplice.....	36
3.2 La responsabilidad penal .....	37
3.3 La autoría en el delito de peculado .....	39
3.4 La responsabilidad penal de la máxima autoridad basada en análisis a una sentencia del delito de peculado en los Gobiernos Autónomos Descentralizados .....	42
3.4.1 La responsabilidad penal de las máximas autoridades en la firma contratos administrativos con la figura de la delegación ...	50
Conclusiones .....	51
Recomendaciones.....	54
<b>Referencias</b> .....	62

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de tesis para la obtención del título de Abogada de la República del Ecuador se realiza mediante la investigación sobre el delito de peculado en la contratación que realizan las máximas autoridades de los Gobiernos Autónomos Descentralizados.

La corrupción a lo largo de nuestra país nos ha asechado llevándonos a grandes crisis económicas, por lo que en la Constitución de la República del Ecuador, el legislador dio otro tratamiento legal al delito de peculado, en el cual este delito se puede juzgar en ausencia del procesado y es imprescriptible.

Por medio de un análisis de la teoría del delito, demostrare que el peculado jamás podrá ser un delito culposo, si no es que es meramente doloso.

Daré a conocer los contratos más importantes que realizan las máximas autoridades de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, así como el procedimiento precontractual que se debe realizar para que el contrato no esté viciado de nulidad.

Hare un análisis de la autoría, coautoría y la participación en el delito de peculado, para de esta manera demostrar los grados de responsabilidad penal.

Finalmente realizaré el análisis de una sentencia dictada en contra de la Máxima Autoridad, alcalde, juzgado por el delito de peculado, en un contrato suscrito por él.

Espero que el presente trabajo sea una fuente de consulta para los servidores públicos de los Gobiernos Autónomos Descentralizados.

## **1. El peculado en general y en la teoría del delito**

### **1.1 Historia del peculado**

El termino peculado tuvo su origen en la antigua Roma donde se denominó *peculatus* que era el delito que se verificaba cuando una persona se apropiaba del ganado público, este ganado denominado (*pecus*) constituía el medio de cambio de la época, ya que antes de la introducción de la moneda, estos animales representaban el bien máspreciado y por tanto la parte más importante del patrimonio mobiliario de la comunidad, al punto que eran usados para los sacrificios.

En el antiguo derecho romano el *pecculatus* no era más que el *furtum* de las cosas pertenecientes al Estado, lo que en aquel tiempo se equiparaba con el *sacrilegium*, es decir, la gravedad de este ilícito era equiparablemente similar a las faltas cometidas pertenecientes a la divinidad. (Carrera, 1995, pág. 1366)

Con el pasar del tiempo y con la instauración de la moneda propiamente dicha, este término va transformándose, y el simple *peculatus* primitivo fue tomando nuevas formas, al aparecer la ilícita apropiación de monedas metálicas, acuñadas por el Estado, así como la falsificación de las mismas fueron actos a los cuales se les fue también dando el nombre de *peculatus* y más tarde se conoce con este distintivo, a casi todos los delitos de aprovechamiento de cosas estatales como la retención de los botines de guerra por parte de los soldados y todo negocio que perjudicaba a la caja imperial, la gravedad de este delito era tan grande que las sanciones que les correspondían a los infractores llegaban hasta la pena capital y en ocasiones eran perseguidos por tal infracción los herederos del infractor. Este delito infamaba tanto que los infractores o peculadores encontraban sus nombres esculpidos en planchas de mármol, para que recibiesen infamia eterna, lo cual hasta el día de hoy se puede ver en el Palacio Ducal de Venecia por ejemplo.

Destruído el Imperio Romano, todos los países conquistados heredaron, entre otras cosas, sus instituciones jurídicas y fue así como España retuvo para sí el peculado como institución punitiva en "las partidas", el que consistía en la malversación de los caudales del rey o de los municipios, infracción que era castigada con tanto rigor, que hubo ocasiones en las que se aplicó la pena capital, cuando el hurto alcanzó grandes proporciones. Parecidas disposiciones encontramos también en la Novísima Recopilación y en toda la legislación foral. En el siglo pasado se reglamentó la penología del peculado, con un sentido más humano y por grande que fuere la cuantía de la sustracción, se penaba únicamente con la privación de la libertad y el resarcimiento económico al Estado, desapareciendo por completo la pena de muerte para esta clase de infracciones. (facultadderechociencias, s.f.)

Este delito evolucionó y adquirió una concepción más amplia y se extendió a la interceptación, captura, captación para el uso propio de los dineros públicos, así como sufrió una evolución respecto del objeto material, ya que no solo pasó de los bienes del pueblo romano, sino que también a las demás ciudades.

Etimológicamente la palabra "peculado" proviene del latín *peculatum* o *peculatus* que en definitiva es el abuso del patrimonio público, ya sea dinero, muebles u otro tipo de bien que pertenezca al patrimonio del Estado, bienes que por lo general se encuentran a cargo de un funcionario público, quien abusa de este patrimonio para obtener un beneficio propio o de terceros. (Repositorio, USFQ. 2014)

En su evolución, el peculado se fue diferenciando del hurto, el cual ya no consistía en la naturaleza de las cosas o bienes sobre los cuales recaía la conducta ilícita. Y ya no solo se entiende al peculado como un "abuso de confianza", sino que la concepción se amplía a una especie de "abuso de autoridad o de la función pública". (Manzini, 1961, pág. 132).

Cabe recalcar que el peculado es un delito en contra de la administración pública en todos sus ámbitos es decir, en el plano Legislativo, Ejecutivo Judicial, Control Social, Participación Ciudadana y Función Electoral así como los organismos clásicos del Estado.

El tratadista Cabanellas menciona: “peculado es la sustracción, apropiación o aplicación indebida de los fondos públicos, por aquel o a quien está confiada su custodia o administración”. (Cabanellas, pág. 69)

Carrera sostiene que: “Según la vieja doctrina se trata de delitos que se deben colocar entre los que están en contra de la fe pública, que se constituye como el hurto de dinero público.

El peculado propio que es la apropiación del dinero público, por medio de una persona que tiene la investidura de funcionario público a quien se le ha entregado el bien del estado para que lo conserve y lo mantenga bajo su cuidado. (Carrera, 1995, pág. 126)

### **1.1.2 Historia del delito de peculado en Ecuador**

Una vez que los españoles conquistaron América, se veía la necesidad de que estas tierras sean reguladas por sus propias leyes, es así que se creó las Leyes de Indias, integradas por nueve libros.

En el Ecuador existía el oidor decano del Tribunal de Cuentas, quien auditaba los fondos públicos, en la actualidad esto se encarga de realizar La Contraloría General del Estado, quien tiene la facultad de determinar responsabilidad civil y administrativa e indicios de responsabilidad penal, a través de las auditorías internas y externas.

Una vez que los funcionarios públicos dejaban sus puestos, tenían que someterse a un juicio en el que debían demostrar que habían cumplido con sus deberes y obligaciones y se les realizaba un inventario de sus bienes.

Ahora los servidores públicos una vez que ingresan a un cargo en las Instituciones del Estado, deben realizar una declaración juramentada de sus patrimonios y de la misma manera cuando salen de sus cargos.

Si el Tribunal de Cuentas encontraba que existió fraude al Estado, los funcionarios podían ser desterrados, tener prisión o hasta incluso se le sometía a la pena capital. (Contraloría, págs. 23-27)

El delito de peculado en Ecuador empieza a regirse en 1837 con el primer Código Penal.

El autor Luis Cueva Carrión nos menciona: “.... El delito de peculado constó en la parte primera de los denominados “Delitos contra la causa pública”, Título Séptimo, titulado: “De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones”.

El segundo Código penal en el Ecuador fue en la presidencia de Gabriel García Moreno, en 1872.

En 1906 nace un nuevo código penal, que es un código liberal y fue promulgado por Eloy Alfaro. Este código se constituyó fundamentalmente para el derecho a la vida de las personas, ya que abolió la pena de muerte.

En este código el delito de peculado lo encontrábamos en el libro V: “De los crímenes y ordenes contra el orden público cometidos por funcionarios en el ejercicio de sus funciones”. (Carrion, 2006, pág. 88)

El penúltimo código penal del Ecuador fue promulgado en el Registro Oficial número 147, el 22 de enero de 1971, el delito de peculado se encontraba situado en el libro segundo, de los Delitos Contra la Administración Pública.

Luego de más de 70 años, la Asamblea Nacional unió en un solo código toda la materia penal, que se encuentra compuesto por el Libro Preliminar y Libro I,

de la Infracción Penal; Libro II, del Procedimiento; Libro III, de la Ejecución; y, las reformativas al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, al Código Orgánico de la Función Judicial y más disposiciones reformativas, derogatorias, generales y transitorias.

El delito de peculado se encuentra en la sección tercera, en los Delitos Contra la Eficiencia de la Administración Pública, en el artículo 278 del Código Integral Penal.

## **1.2 Relevancia constitucional del delito de peculado**

Nuestra carta magna en lo referente a los delitos contra la administración pública nos menciona:

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

Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas” (Constitución, 2009 Art. 233)

El bien jurídico que se lesiona en este tipo de delitos es la regularidad funcional, la corrección y buena marcha de las instituciones públicas y sobre todo la fidelidad con que los servidores públicos deben desempeñar sus

cargos, la naturaleza del delito de peculado es el perjuicio patrimonial que recibe la entidad pública.

Que se afecte el patrimonio del estado no es el principal problema de este delito, si no es la confianza que se da a los servidores públicos y la potestad que les damos para que manejen los recursos del estado, y estos actúen con venalidad, pues así reintegren los valores, el delito ya está cometido y el daño que causan al estado es irreparable. (Alban, pág. 126)

Es por esto que en la actualidad lo que busca el legislador, es dar protección jurídica penal garantizando el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública y evitar el abuso de poder del funcionario público al momento de administrar dineros del estado. (Escobar, 2007-2009).

Es indispensable que a la hora del juicio oral el procesado se encuentre para así garantizar el debido proceso, pero en el delito de peculado no es necesario porque la Constitución de la República del Ecuador y el Código Integral Penal lo señalan así.

Lo que se busca principalmente al juzgar en ausencia del procesado en el delito de peculado es:

“... que el poder punitivo del estado no quede burlado por la paralización del proceso penal. Restar validez a las maniobras de tantos sujetos que, por todos los medios, tratan de alcanzar la caducidad de la prisión preventiva, o evadir la acción de la justicia, eliminando la fuga como el medio más efectivo. Buscar mecanismos que permitan hacer efectiva la justicia penal” (Andrade, Vaca, pág. 126).

Un claro ejemplo de esto es el caso del ex presidente de la República del Ecuador Jamil Mahuad; la Corte Nacional de Justicia lo condenó a doce años

de prisión, el 29 de mayo de 2014, luego de catorce años que se empezó el proceso en su contra, el juzgamiento se realizó en ausencia del procesado.

Se le sancionó por el delito de peculado, al disponer el congelamiento bancario de 1999, en la sentencia mencionan que Mahuad se benefició de fondos de los bancos.

El diccionario de la Real Academia Española define la palabra corrupción de la siguiente manera: “En las organizaciones, especialmente en las públicas, práctica consistente en la utilización de las funciones y medios de aquellas en provecho, económico o de otra índole, de sus gestores” ([www.lema.rae.es](http://www.lema.rae.es) 2014)

Es importante mencionar esta definición ya que en nuestro país, este delito se le ha brindado un tratamiento especial, para así poder erradicar la corrupción que ha sido un mal que nos ha acechado, llevándonos a grandes crisis económicas, pero sin duda falta en todos los órganos gubernamentales socializar la ley, advertir a los funcionarios qué sucede cuando se comete este delito ya que poco o nada conocen una mayoría al respecto y de acuerdo a la investigación preliminar que he realizado los casos de peculado siguen siendo repetitivos en la administración pública.

El momento en que el legislador realizó la tipificación de los delitos contra la administración pública se dio cuenta que existieron demasiados casos impunes de este tipo de delito, que la corrupción fue el principal problema que existía en las instituciones públicas, es así que para ir erradicando poco a poco, tuvo que tipificar de esta manera, incluso dándole un mismo tratamiento legal que los delitos de genocidio, lesa humanidad, etc.

El peculado está considerado como un delito de corrupción, la corrupción es el género y el peculado es la especie; los delitos de corrupción son delitos de cuello blanco, dorado y de alcurnia.

## 1.3 Elementos del delito

### 1.3.1 Delito

“Es la acción típica, anti jurídica y culpable, sometida a una sanción penal, y a veces a condiciones objetivas de punibilidad. Supone una conducta infracción del Derecho penal, es decir, una acción u omisión tipificada y penada por la ley”. (Agudelo, 2004, pág. 120) .

El Código Integral Penal en el artículo. 18 se refiere al delito como infracción penal y nos menciona que es la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en el código.

Los siguientes son los elementos del delito:

#### a. Acción:

En general la acción puede tener diferentes concepciones, es así que en el simple hecho de estar caminando en la calle ya estamos cometiendo un acto, las relaciones que tenemos a diario con las personas son actos.

Pero en el derecho penal es distinto ya que, “es la decisión consciente de infringir una norma de deber o de cuidado” (Castillo, pág. 217), este elemento es de gran importancia en el derecho penal ya que si no existe el acto no existe delito.

Alfredo Etcheberry nos brinda una definición tan amplia de acción ya que menciona:

“....es todo comportamiento humano dirigido por la voluntad con miras a un fin. El derecho penal considera al hombre no solo como ser corporal, como un ente puramente físico en el mundo de la naturaleza, sino principalmente como ser dotado de voluntad....” (Etcheberry, 1997, pág.

175). La voluntad que nos menciona el actor es la que se necesita principalmente para cometer el delito e irse en contra de la norma.

Francisco Muñoz Conde nos dice que “siempre la acción modifica algo que produce un resultado, que cuando esta acción se realiza con voluntad y se la manifiesta es de gran importancia para el derecho penal”. Existen varias formas de manifestar la acción en el delito por ejemplo:

Delito de injurias  $\longleftrightarrow$  Simple manifestación de la voluntad (delito de simple actividad) (Conde, 1999, pág. 52)

Delito de peculado  $\longleftrightarrow$  Relación de causalidad entre la acción y el resultado (delito de resultado).

Aquí la persona debe seguir una cadena de acciones para llegar a cometer el delito; la máxima autoridad de un Municipio adjudica un contrato a una X persona, pero con sobreprecio, para que una vez que se le transfiera los fondos al adjudicado, le dé la parte que le corresponde a la máxima autoridad. Aquí se ve claramente como la acción de este delito tiene que pasar por una serie de pasos supuestamente formales hasta llegar al resultado que es el desembolso del dinero del Estado. Donde primero se está causando el perjuicio económico y segundo se está abusando del poder que se le designó a la máxima autoridad.

b. Tipicidad:

En este elemento es importante mencionar el principio de legalidad que hace referencia nuestra carta magna en el artículo 73 numeral 3:

“Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley....”

Francisco Muñoz Conde nos acota lo siguiente sobre la tipicidad:

“es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal. Por imperativo del principio de legalidad en su vertiente de nullum crimen sine lege, solo los hechos tipificados en la ley penal como delitos pueden ser considerados como tales”. (Conde, 1999, pág. 35)

Con lo antes mencionado la persona tiene una garantía que solo podrá ser juzgado, en lo que la ley se encuentra; no existiría el tipo penal, si no se encuentra descrito en la ley.

El tipo en el derecho penal tiene las siguientes funciones:

- a. Seleccionadora de comportamientos humanos penalmente relevantes
- b. Una función motivadora general, ya que indica a los ciudadanos el comportamiento que está prohibido en la norma y lo que no deben hacer.
- c. Garantista, ya que solo lo que se encuentra en la norma es lo que puede ser sancionado. (Conde, 1999, pág. 25)

Como lo mencioné antes el legislador al momento de modificar el peculado, fue muy drástico, este delito se encuentra claramente previsto en la Constitución de la República del Ecuador y tipificado en el Código Orgánico Integral Penal, siendo así que lo que más se busca con la reforma que se dio a nuestra constitución es erradicar la corrupción en Ecuador.

Edgardo Donna nos hace las siguientes referencias sobre el tipo subjetivo y objetivo:

“El tipo subjetivo abarca los especiales motivos, tendencias e intenciones del autor. Aquí se encuentra el dolo que es un elemento básico.

En cambio en el tipo objetivo están los elementos de la acción externa del autor, la relación causal y los sujetos” (Donna E. , El tipo penal, 1995, págs. 69-84)

Es decir que dentro del tipo subjetivo penal encontramos la voluntad del ser humano, en cambio en el tipo objetivo encontramos el accionar de la persona, el verbo rector es la acción y el resultado.

Dentro de la tipicidad subjetiva encontramos el dolo y la culpa, brindaremos las siguientes diferencias:

Dolo:

Las teorías penales en tiempo pasados como la causalista, mencionaban que el dolo se encontraba en el elemento de la culpabilidad, pero esto no permitía que se pueda diferenciar el error de tipo y de prohibición.

Las actuales concepciones desecho el dolo de la culpabilidad y paso al tipo penal. Encontrándose en la tipicidad el tipo objeto y subjetivo

“El tipo subjetivo (dolo) viene a ser el reflejo de los elementos objetivos en la mente del autor” (Donna, 2008, pág. 385)

“El dolo es el conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo y la voluntad de realizarlo” (Donna, 2002, pág. 515).

Es decir que al momento en el que la persona cometió el ilícito tuvo conciencia y voluntad en su accionar, el dolo está compuesto por un elemento cognitivo que es el conocimiento de realizar el delito y un elemento volitivo que es la voluntad de realizar el ilícito.

Dentro de los delitos de resultado el dolo debe abarcar un curso causal, donde existen elementos descriptivos, por ejemplo “abusar”.

Culpa:

La culpa es la omisión de la conducta debida para prever y evitar un daño. “Es la expresión destinada a la culpabilidad de acciones no dolosas adecuadas al tipo, relacionadas por personas capaces de imputación, cuyo reproche presupone la existencia de un deber cuyo cumplimiento hubiera impedido al autor obrar como lo hizo....” (Dohna, 1988, pág. 223)

Existen las siguientes formas de culpa:

1. Imprudencia: Son aquellos que actos que se realizan sin la diligencia debida
2. Negligencia : Descuido en el actuar
3. Impericia: Es la falta de experiencia dentro de una ciencia u arte
4. Inobservancia: Es cuando el ser humano debe desempeñar ciertos cargos u actividades y omite cumplir con las leyes y los reglamentos.

La diferencia entre el dolo y la culpa, es que el dolo se da con conocimiento y voluntad para causar daño en cambio la culpa es el accionar imprudente y descuidado que tiene la persona.

c. Antijuridicidad:

El diccionario de Guillermo Cabanellas nos menciona lo siguiente: “Elemento esencial del delito, cuya fórmula es el valor que se concede al fin perseguido por la acción criminal en contradicción con aquel otro garantizado por el Derecho”. (Cabanellas, pág. 97)

Los elementos del delito se van uniendo uno por uno siendo así, que con la antijuridicidad debemos constatar que si en realidad el acto que se cometió es contrario a lo que se encuentra descrito en el tipo penal, la ley.

El autor Muñoz Conde nos manifiesta que la antijuridicidad no fue creada, sino más bien es seleccionada por la tipicidad. Es decir que una vez que en verdad existe la tipicidad, entonces al delito también lo consideraríamos antijurídico.

El doctor Pablo Encalada en su tesis de la Teoría Constitucional del delito y el Código Orgánico Integral Penal nos hace la siguiente referencia:

“...Sin embargo, la antijuridicidad implica que la conducta es contraria al derecho, la cual en principio está supeditada a que no hayan causas de justificación que excluyan la antijuridicidad, es decir, situaciones en las cuales la conducta típica sea jurídica, así como en los casos de legítima defensa o estado de necesidad” (Encalada, 2013, pág. 15)

“La corriente material define a la antijuridicidad como lo socialmente dañoso, la pena no tenía otra medida que la del peligro que el sujeto que representaba para la sociedad.

En cambio la antijuridicidad formal se considera que para que sea delito una conducta, debe infringir una norma estatal, un mandato o una prohibición del orden jurídico”. (Betancourt, 1998, págs. 150-152).

La antijuridicidad material:

Es perjudicial para la sociedad siempre cuando se afecta algún derecho o un bien jurídico protegido, es una conducta materialmente ilegal.

Por ejemplo: La persona que comete un homicidio, estaría afectando el bien jurídico “vida”.

Esta antijuridicidad es lo socialmente dañoso, el delito es natural, cuyas consideraciones serían el libre al arbitrio del intérprete.

“....concepto sociológico en el que se evaluaría la lesividad social del hecho al margen de las disposiciones del derecho positivo....” (Fernandez, 1988, pág. 103)

#### d. Culpabilidad

El Código Orgánico Integral Penal nos indica que para que una persona sea responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuricidad de su conducta.

“Es la valoración del tipo subjetivo; esto es, se verifica si existe o no un comportamiento psíquico contrario al deber que merece desaprobación, su esencia está en el incumplimiento de deberes impuestos por el derecho” (Busch, 1988, pág. 170)

La culpabilidad es el último elemento de la teoría del delito.

Jorge Machicado nos brinda el siguiente significado: “Es cuando el juez declara al procesado merecedor de una pena, por ser imputable y responsable de una conducta” (Machicado, 2014)

El doctor Pablo Encalada nos hace mención de varias teorías que nos mencionan la definición de la culpabilidad tales como:

“...la teoría psicológico normativa (escuela neoclásica o neo kantista), la cual incorpora un elemento valorativo como es el juicio de reproche que hace la sociedad al autor del hecho, además del elemento psicológico antes referido; posteriormente aparece la teoría normativa (finalismo), la cual despoja a la culpabilidad de los elementos subjetivos, es decir del vínculo psicológico entre el autor y el hecho, dando como resultado una teoría por la cual se considera a la culpabilidad como el juicio de reproche que hace la sociedad a un individuo que pudiendo obrar conforme a derecho ha actuado contra derecho. (Betancourt N. A., 2007, pág. 118)

Finalmente tenemos a la teoría funcionalista (funcionalismo), por la cual no solo la culpabilidad, sino todas las categorías dogmáticas del delito se normativizan y son funcionales a la política criminal, adaptando el

concepto de la culpabilidad a los fines de la pena (Angulo, Encalada, 2013, pag. 361-363).

Para que exista la culpabilidad en la teoría del delito debe cumplir con tres elementos fundamentales:

a) Imputabilidad:

“Capacidad psíquica de una persona de comprender la antijuridicidad de su conducta y de no adecuar la misma a esa comprensión” (Machiacado, 2014).

La imputabilidad está compuesta por el elemento volitivo que es la posibilidad de auto dirigirse y el intelectual que es la comprensión de los actos que realiza el individuo.

Por ejemplo un enfermo mental que asesina, él por sí solo no se auto dirige no tiene la conciencia de lo que está haciendo, el sería inimputable pero tiene que tener un tratamiento especial, enviándole a un hospital psiquiátrico, ya que sería una persona peligrosa para la sociedad.

b) Conciencia de la antijuridicidad

Para que existe este elemento la persona debe tener conciencia y conocimiento de la antijuridicidad del hecho; “...basta con que el autor tenga motivos suficientes para saber que el hecho cometido está jurídicamente prohibido y es contrario a las normas más elementales que rigen la convivencia...” (UFG, 2014)

Todas las personas somos libres de realizar todos los actos, siempre y cuando no afectemos el derecho de otra persona. “...El conocimiento de la antijuridicidad implica que la persona conozca que está dañando o afectando a otras personas con su accionar. Este conocimiento además, para que se califique de reprochable, debe ser potencial y no suficiente...” (Encalada, 2013, pág. 15)

c) La exigibilidad:

“.....Es cuando la sociedad está en capacidad de hacer el reproche a quien ha realizado un injusto penal (acto, típico y antijurídico), es la exigibilidad de otra conducta; es decir, que quien realizó el injusto, haya estado en capacidad de obrar conforme a derecho y sin embargo obró contra él...” (Encalada, 2013, pág. 15).

#### **1.4 Análisis de la tipicidad objetiva y subjetiva, en el peculado como delito doloso no culposo en Ecuador.**

Dona nos menciona que es importante hacer una relación entre el bien jurídico protegido y la tipicidad, ya que “el bien jurídico es el centro de toda la construcción de la norma y el tipo penal”, la tipicidad se encarga de prohibir ciertas conductas que no están acorde a la sociedad por ejemplo: “Abuso de bienes públicos”. (Donna, 2008, pág. 354).

La persona no viola la tipicidad si no la norma, a través de la ley se busca resguardar el bien jurídico, pues es aquí donde se describe la acción ilícita, que está en la norma. Por ejemplo en el delito de peculado el verbo “abusar de los bienes públicos” es la acción ilícita.

La tipicidad se divide en dos elementos:

##### **1.4.1 Tipo Objetivo**

Jakobs nos menciona que el tipo objetivo es: “...la parte externa del delito; con el tipo objetivo surge el delito como magnitud social, y por lo tanto es penalmente relevante”

Dentro del tipo objetivo encontramos los siguientes elementos:

- Sujeto activo

Puede ser cualquier persona y es quien realiza la acción del verbo, en el tipo penal el sujeto que comete el delito el legislador lo denomina por lo general “el que” o “quien”.

Por ejemplo:

En el delito de peculado el sujeto activo es el funcionario público y puede ser una tercera persona que también podría estar involucrado en este delito. (Encalada, 2011)

La Constitución de la República del Ecuador en el artículo 233 en el segundo inciso, nos menciona que los sujetos que pueden ser responsables en este delito y dice que puede ser cualquier persona pero siempre y cuando este participando un servidor público.

- Sujeto Pasivo

“Es el titular del bien jurídico ofendido con el delito. A veces, estos bienes jurídicos tienen un titular específico, que recibe directamente la acción del verbo (delitos contra la propiedad) o indirectamente. También existen delitos contra los intereses sociales, estos delitos pertenecen a un grupo social, sin tener un titular específico”. (Etcheberry, 1997, pág. 219)

El peculado es un delito de interés social, ya que afecta el bien jurídico patrimonio de los ciudadanos ecuatorianos. Es decir el sujeto pasivo en este delito sería el Estado ecuatoriano.

- Núcleo o verbo rector:

Es el comportamiento del ser humano, este constituye el núcleo del tipo, es el elemento más importante, ya que la acción viene descrita por un verbo.

En el artículo 278 del Código Integral Penal, encontramos tipificado el peculado, el verbo rector de este delito sería “Abusar de bienes públicos”.

- Bien Jurídico Protegido

“.....el bien jurídico es aquella realidad valorada socialmente por su vinculación con la persona y su desarrollo. Vida, salud, integridad, libertad, indemnidad, patrimonio...” (Navarra)

Lo que busca el legislador en la norma es proteger los bienes de la administración pública, nuestra legislación se acopla a la doctrina del Garantismo. (Encalada, 2011).

Debemos mencionar también que con la codificación que se hizo en el Código Sustantivo Penal, encontramos dos bienes jurídicos protegidos en el delito de peculado:

“administración pública” ya que se está vulnerando el correcto manejo de la administración pública, es decir no se está administrando con cuidado, con esmero, no les está dando el uso para el cual fueron destinados y “recursos o bienes del estado” “que son los dineros públicos o privados, piezas, títulos, documentos, bienes muebles e inmuebles, siempre y cuando estén bajo la custodia de un servidor público”. (Albán, pág. 127)

#### **1.4.2 Tipo Subjetivo**

Tuvieron que existir varias teorías para que finalmente se pongan de acuerdo que el dolo debe estar en el tipo subjetivo, es así que Claus Roxin nos manifiesta lo siguiente: “la opinión dogmática reciente se mueve aún en los esquemas neoclásicos y finalistas. No obstante la mayoría de autores se esfuerzan por rechazar la teoría final de la acción, pero asumiendo el traslado del dolo y la culpa al tipo objetivo” (Roxin, La Estructura de la Teoría del Delito, 1997, págs. 201-203), más allá de las disputas que hubo entre las escuelas penales causalista y finalista, con el funcionalismo existió el acuerdo de que el dolo y la culpa son parte de la tipicidad subjetiva. (Encalada, 2013, pág. 15)

El Doctor Pablo Encalada nos menciona lo siguiente sobre la tipicidad subjetiva:

“...se refiere a la finalidad con la que se realizó la acción y para que esta sea punible, solo puede realizarse con dolo y culpa. El dolo entendido como el conocimiento de los elementos objetivos del tipo y el querer realizar la conducta; o la culpa, al violar el deber objetivo de cuidado” (Encalada, 2011).

Con lo antes mencionado nuestros jueces para poder determinar la tipicidad subjetiva lo primero que observan es que exista el dolo. Luego se debe hacer un análisis y unir esa intención de causar daño con el tipo objetivo donde tenemos los elementos antes indicados.

El Código Orgánico Integral Penal nos menciona que el dolo se da cuando la persona tiene el designio de causar daño y que actúa con culpa cuando infringe el deber objetivo de cuidado produciendo un resultado dañoso.

#### **1.4.3 La tipicidad subjetiva en el delito de peculado**

En nuestra legislación podemos encontrar delitos dolosos y culposos pero para poder entender por qué el delito de peculado es un delito meramente doloso debemos diferenciarlo y dar un ejemplo.

El delito culposo “...es aquel en el que el sujeto no quiere cometer el hecho previsto en el tipo, no busca afectar el bien jurídico, ni acepta hacerlo, pero lo realiza por no observar el cuidado debido” (Ossandón, 2008).

Este tipo de delito no existe el cuidado debido al momento de accionar la persona, el individuo no tiene la voluntad de causar daño, y vulnerar un bien jurídico.

Todos los días la sociedad tiene el riesgo de causar algún bien jurídico, es por eso que en este tipo de delitos lo que se busca es que tengamos precaución al momento de accionar.

El típico ejemplo de los delitos culposos, es un atropello, la persona que conducía no tomo la precaución, el cuidado debido de ir a una velocidad prudente, no pudo controlar el automóvil y causó la muerte del peatón.

Existen legislaciones como la colombiana, en la que menciona que el peculado también es culposo.

El Código Penal de Colombia lo tipifica de la siguiente manera:

Art. 137 “El empleado oficial que respecto a bienes del Estado o de empresas o de instituciones en que este tenga parte o bienes particulares cuya administración o custodia seque por razón de sus funciones, por culpa de lugar a que extravíen, pierdan o dañen”.

Este artículo nos hace mención sobre el deber de cuidado que debe tener el empleado oficial en los bienes de la administración pública.

Por ejemplo: Un empleado oficial tiene a su cargo una computadora portátil que le fue asignada para desempeñar sus actividades.

Tuvo que salir a laborar en un Ministerio para realizar una auditoría, dejo en el escritorio de la recepción la computadora, mientras se iba a comprar.

No tuvo el deber de cuidado debido y se extravió la computadora.

En nuestro país no existe el peculado culposo solo doloso por su verbo rector.

El autor Luis Jiménez de Asúanos menciona que el dolo es:

“la producción del resultado típicamente antijurídico con la conciencia de que se está quebrantando el deber, con conocimiento de las

circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre las manifestaciones humanas y el cambio en el mundo exterior, con la voluntad de realizar la acción u con representación del resultado que se requiere” (Contraloría, pág. 20)

El dolo, debe tener dos elementos importantes para constituirse como tal:

Elemento intelectual: Que es cuando el sujeto de la acción debe saber qué es lo que está haciendo.

“Nuestra jurisprudencia utiliza la expresión “a sabiendas”, uniéndole con el verbo abusar, implica que el funcionario público, a sabiendas, adopta una conducta impropia respecto del patrimonio público, obteniendo un resultado concreto que es traspasar, ilícitamente, los recursos o bienes del estado a su patrimonio personal o de un tercero, que no necesariamente es un servidor público”. (Sentencia, 2005)

Elemento volitivo: Es la voluntad incondicionada de realizar algo al cometer los delitos dolosos lo que prima principalmente es la voluntad de causar daño y vulnerar el bien jurídico, la persona que comete este tipo de delitos tiene conciencia de lo que está haciendo.

Para que la voluntad sea tal no puede existir una mera expectativa, de querer hacer algo, si no el sujeto debe realizar el acto ilícito para que exista el dolo.

Un ejemplo de delito doloso, es la persona que con conciencia y voluntad mata a otra persona. El bien jurídico vulnerado es la vida.

“Para que el dolo se configure como tal se necesita:

1. El conocimiento de las circunstancias de hecho ya existentes.
2. La previsión del resultado
3. La previsión del curso de la acción.

Por lo tanto, para la existencia del delito de peculado se requiere “que el servidor público conozca la calidad de los bienes, la relación que lo une con ellos y que tenga la voluntad de abusar para obtener el resultado deseado, esto es, el cambio de la posesión actual de los bienes hacia la posesión particular de él o de un tercero” (Cueva, 2006, págs. 183-184).

Nuestra legislación toma al verbo rector “Abuso de fondos públicos” para describir el tipo penal; el mismo que tiene el siguiente significado: “Usar o aprovecharse excesiva o indebidamente de algo o de alguien, en perjuicio propio o ajeno”. (wordreference, s.f.)

Con el significado antes brindado podemos dar nos cuenta que el delito de peculado si es un delito meramente doloso. Principalmente por que el servidor público que tiene a su cargo los bienes y servicios del Estado abusa de la autoridad conferida sobre los mismos, vulnerando el bien jurídico de los bienes públicos.

En esta violación el servidor público no está actuando negligentemente, si lo estaría haciendo se le sancionaría en materia de responsabilidad civil y administrativa.

El peculado es puramente punible pues nuestros legisladores le brindaron un amparo a tal grado que le protege con el verbo rector para que solo se lleve por la vía penal, claro está siempre y cuando se cumpla con la teoría del delito.

Es muy importante establecer cuál es el núcleo del delito de peculado, al hablar de núcleo estamos refiriéndonos a cuál es la cualidad, lo que le caracteriza y lo que le diferencia de los demás tipos, en el delito de peculado el núcleo es el abuso de los bienes fiscales.

En nuestro sistema legal el núcleo “abuso”, debe ser doloso y no culposo por su esencia, la esencia de este es el abuso de los recursos públicos.

El autor Ernesto Albán nos sugiere que el verbo “abusar” debería ser remplazado por apropiación, como en la mayoría de legislaciones que tipifican así ya que es:

“El desfalco o apropiación de un bien que se tiene en custodia, es la forma más propia de peculado; pero no se trata de una sustracción de bienes (como ocurre en el hurto o en el robo), pues éstos se encuentran legítimamente en poder del sujeto activo. En este sentido, el delito es paralelo al abuso de confianza, que se comete en el ámbito privado. Y lo mismo puede afirmarse de la disposición arbitraria, que debe entenderse como una forma de abuso que consiste en distraer los bienes de los fines a los que estaban legítimamente destinados para darlos un empleo ilegítimo y perjudicial para la institución” (Alban, pág. 126).

## CAPÍTULO II

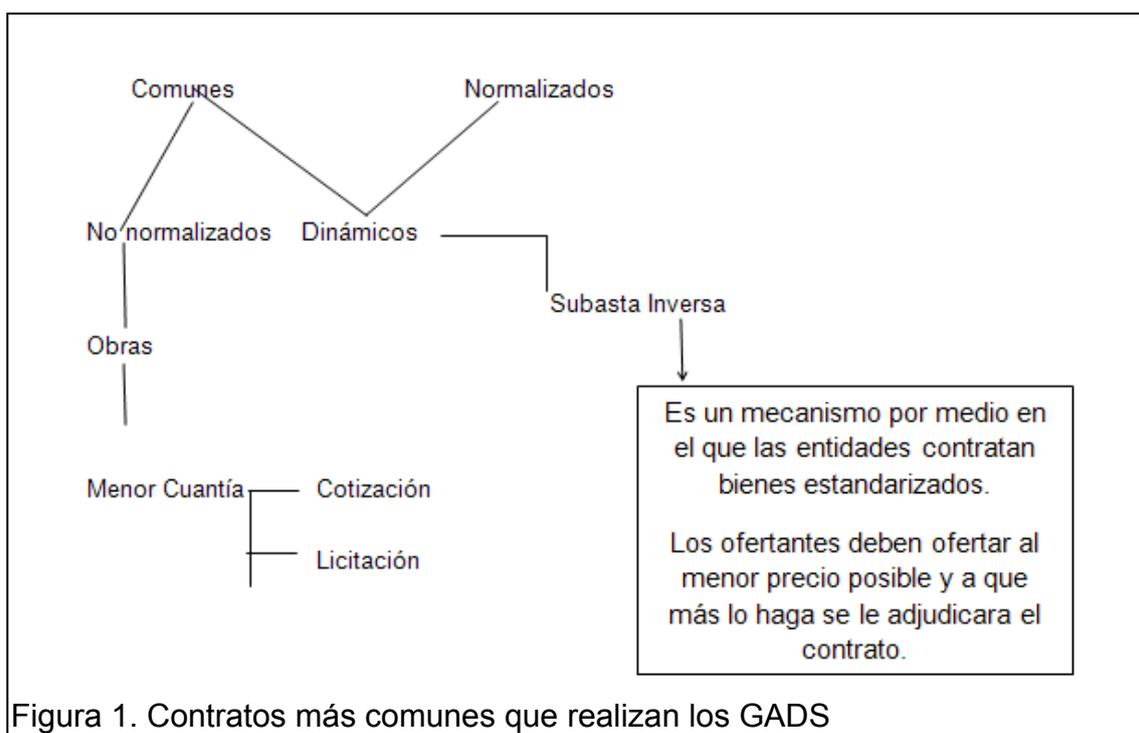
### 2. El régimen de contratación pública en los Gobiernos Autónomos Descentralizados en Ecuador

#### 2.1 Contratos más comunes que realizan los Gobiernos Autónomos Descentralizados

En los Gobiernos Autónomos Descentralizados según el número de habitantes que tengan a cargo, el Gobierno de asigna cada año un presupuesto para la ejecución de obras, servicios etc., así como también realizan auto gestión para tener más recursos económicos.

Con estos recursos económicos la Máxima Autoridad puede planificar las contrataciones que podrá realizar durante todo el año.

Los tipos de contratos más comunes que realizan los Gobiernos Autónomos Descentralizados son:



## **2.2 Procedimiento de como se llevan a cabo un contrato administrativo en los Gobiernos Autónomos Descentralizados**

Antes de suscribir un contrato administrativo, se necesita seguir el siguiente proceso pre-contractual:

1. Que la contratación se encuentre prevista en el Plan Anual de Contrataciones.

Es la planificación anual que debe realizar toda entidad del Estado, para realizar la adquisición de bienes, servicios, obras y consultorías necesarias para desarrollar y cumplir con sus actividades de manera eficiente. (Cargua, 2012)

El Plan Anual de Contrataciones es aquel documento administrativo, donde se encuentra planificado todas las contrataciones que se van a realizar durante el año fiscal. A través de este documento se puede determinar el orden cronológico de los contratos de obras, bienes, servicios, y consultorías que se van a ir suscribiendo.

Debe ser elaborado según el requerimiento de cada dirección de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, esto pasa a la Máxima Autoridad de la entidad hasta el 15 de enero de cada año, y es la única persona facultada para aprobar.

2. Contar con los estudios y especificaciones técnicas:

El manual de contratación pública nos menciona lo siguiente: “....son la determinación clara del objeto de la contratación, nos permite determinar con claridad y precisión que desea contratar la entidad...”. (Pérez, 2011, págs. 83-84)

En este documento encontramos primeramente la descripción de lo que se va hacer, por qué se va hacer y cómo se va a realizar el contrato.

3. El certificado de disponibilidad presupuestario, debe estar firmado por el Director Financiero y el Jefe de presupuesto.

Es el certificado de disponibilidad presupuestaria obligatorio para la adjudicación de una licitación (chilecompra, 2010)

Es muy importante que el certificado de disponibilidad presupuestaria se encuentre la firma del contrato ya que a través de este el proveedor se asegura que el dinero está disponible dentro de la planificación financiera.

El artículo 24 de la Ley Orgánica de Contratación Pública nos menciona lo siguiente:

“Presupuesto.- Las entidades previamente a la convocatoria, deberán certificar la disponibilidad presupuestaria y la existencia presente o futura de recursos suficientes para cubrir las obligaciones derivadas de la contratación”.

4. El Director encargado de ejecutar el contrato, mediante oficio debe pedir autorización a la máxima autoridad, haciéndole conocer que es lo que va a realizar y el costo de referencial del contrato.

5. Elaboración de Pliegos:

En este documento debe constar primeramente, una caratula donde deberá estar qué tipo de contrato es el que se va a firmar, el nombre de la entidad, el código del proceso, el objeto de contratación, el lugar donde se va a ejecutar el contrato y el año, luego estarán las cotizaciones de todos los ofertantes que participaron para la adjudicación del contrato.

El autor Carlos Balbin nos menciona lo siguiente sobre los pliegos contractuales: “.....son documentos que contienen las bases y condiciones del

contrato, el tipo de proceso de selección del contratista y en ciertos casos las modalidades de la contratación” (Balbin, 2011, pág. 523).

El artículo 6 numeral 24 de la Ley de Contratación Pública nos menciona lo siguiente:

“Pliegos: Documentos precontractuales elaborados y aprobados para cada procedimiento, que se sujetarán a los modelos establecidos por el Instituto Nacional de Contratación Pública, se dispone que el requisito previo a la calificación y habilitación de una persona jurídica como oferente será la plena identificación de las personas naturales que intervienen en calidad de accionistas de la empresa; al ser accionistas otras compañías, se requiere determinar las personas naturales que participan de la misma, con la finalidad de establecer las inhabilidades determinadas en los Arts. 62, 63 y 64 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; en cuanto al domicilio de las personas jurídicas, se establece que las compañías radicadas en los "paraísos fiscales" determinados por el SRI, serán descalificadas. La falta de notificación a la institución contratante y de aceptación de ésta, de la transferencia, cesión, enajenación, bajo cualquier modalidad, de las acciones, participaciones que sea igual o más del 25% del capital; será causal de terminación unilateral y anticipada del contrato prevista en el Art. 78 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública”.

#### 6. Resolución de la conformación de comisión técnica

Es un órgano técnico que es conformado por la máxima autoridad, para que estudien y evalúen las ofertas presentadas, las cuales puede adjudicar el contrato o declarar desierto. Esta comisión debe ser designada dependiendo de la naturaleza del contrato. (Zambrano, 2012)

Las personas que integran la comisión son las siguientes:

1. Una profesional designado por la máxima autoridad, que será quien presida la comisión.
2. El Director del área requirente o un delegado
3. Un profesional que sea a fin con el área que sea designado por la máxima autoridad.

7. Resolución Inicio del Proceso:

Con esta Resolución la Máxima Autoridad menciona el antecedente de cómo se fue dando el proceso, resuelve aprobar o no el proyecto que se vaya a dar, e invita a proveedores a participar en el portal de Compras Públicas.

8. Participación de Proveedores:

Los proveedores entregan su carpeta, donde deberá constar principalmente su carta de presentación, así como el RUC (registro único de contribuyente) y RUP (registro único de proveedores), deberán demostrar la experiencia en el tema que se va a contratar, certificados de las empresas públicas donde haya tenido contrataciones similares, indicar que tiene los equipos, maquinaria o personal necesario para el desarrollo de la actividad, si es que tienen título profesional también adjuntar junto con la copia de las cédulas.

9. Resolución de la adjudicación

Juan Carlos Cassagne nos brinda la siguiente definición: “En definitiva, la noción de acto administrativo comprende toda declaración proveniente de un órgano estatal, emitida en ejercicio de la función materialmente administrativa y caracterizada por un régimen exorbitante, que genera efectos jurídicos individuales directos con relación a los administrados destinatarios del acto”.

Es el acto administrativo mediante el cual la entidad contratante decide firmar el contrato con el proveedor más conveniente. Es una declaración unilateral mediante la cual la entidad exterioriza su voluntad, genera efectos jurídicos directos y particulares. Con esta resolución finaliza la etapa precontractual. (Pérez & López, 2011, págs. 281-282).

Constará, la resolución con la que se aprobó los pliegos, el presupuesto y los términos de referencia.

Se hará mención sobre la resolución donde se conformó la comisión técnica.

Estarán los nombres de los oferentes, quien cumplió o no con lo que menciona en los pliegos y los puntajes que obtuvieron cada uno.

En la parte del resuelve la Máxima Autoridad dará a conocer a quien adjudico el contrato y el plazo que tiene para realizar el proyecto la obra etc.

## **2.3 Contrato administrativo**

### **2.3.1 Definición:**

Marienhoff lo ha definido como “el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas”. (Eguiguren, 209, pág. 36)

El tratadista Kelsen expresa que “la persona jurídica del Estado muestra el mismo carácter que cualquier otra persona jurídica.

Para llevar a cabo un contrato administrativo, lo principal es el consentimiento de las partes, en el cual encontramos dos etapas: Oferta: “propuesta o promesa de dar, hacer, cumplir y ejecutar”. Aceptación: “manifestación del consentimiento concorde, como productor de efectos jurídicos, constituye el acto de aceptación, que consiste en admitir la proposición hecha o el encargo conferido” (Cuevas, 1997, pág. 415).

Los Gobiernos Autónomos Descentralizados pertenecen al sector público, el funcionamiento y actividades de estos son regidos por la Constitución de la República del Ecuador y la mismas leyes que todos los organismos estatales, por lo que los servidores públicos de estas entidades son responsables civil, administrativa y penalmente, por el manejo de fondos y recursos del estado.

La administración de los Gobiernos Autónomos Descentralizados es propia e independiente, por lo que se rigen por el Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización, pero sus servidores se rigen por la Ley Orgánica de Servicio Público.

#### **2.4 Quien ejerce el control a los contratos**

El principal órgano de controlar los recursos del estado es la Contraloría General del Estado, la cual realiza un control previo, continuo y posterior, a cada entidad del estado, teniendo dentro de ellas una auditoría interna.

El artículo 12 de la Ley de la Contraloría General del estado nos menciona lo siguiente, sobre los tiempos de control: “El ejercicio del control interno se aplicará en forma previa, continua y posterior:

a) Control previo. Los servidores de la institución, analizarán las actividades institucionales propuestas, antes de su autorización o ejecución, respecto a su legalidad, veracidad, conveniencia, oportunidad, pertinencia y conformidad con los planes y presupuestos institucionales

b) Control Continuo. Los servidores de la institución, en forma continua inspeccionarán y constatarán la oportunidad, calidad y cantidad de obras, bienes y servicios que se recibieren o prestaren de conformidad con la Ley, los términos contractuales y las autorizaciones respectivas.

c) Control Posterior. La Unidad de Auditoría interna será responsable del control posterior interno ante las respectivas autoridades y se aplicará las actividades institucionales, con posterioridad a su ejecución”

Este control sirve para poder medir, como se llevó a cabo el contrato, si se tomó en cuenta todos los requisitos esenciales para el proceso contractual, nos ayuda a verificar el desempeño del servidor público, pues a través de este control el auditor se da cuenta si existe una responsabilidad civil culposa o administrativa o indicios de responsabilidad penal.

En caso de existir indicios de responsabilidad penal, la Contraloría General del Estado emitirá un informe a la Fiscalía General del Estado quien será la que investigue el presunto delito.

## CAPÍTULO III

### **3. Sobre la responsabilidad penal de las máximas autoridades en el delito de peculado en los Gobiernos Autónomos Descentralizados**

#### **3.1 Autoría, coautoría y complicidad**

Existen varias teorías sobre los partícipes en un delito:

##### 1. La Teoría de la Equivalencia de las Condiciones

“Todos los intervinientes en el hecho punible son autores en la medida que ponen una condición igual al de los demás para la producción del resultado” (Hernández, pág. 51).

Esta teoría menciona que el cómplice solo desarrolla una actividad de apoyo a los autores, el cómplice quiere el resultado solo cuando el autor quiere, por lo que la voluntad depende siempre del autor.

##### 2. La Teoría Objetivo-Formal

Parte del supuesto fáctico realizado por el sujeto activo del hecho punible, en esta teoría no importa la relación causal que hay entre el cómplice o el autor, sino la conducta que se encuentra descrita en el tipo.

##### 3. Teoría Normativa

Esta teoría se basa en las normas y responde por su comportamiento en la sociedad, para distinguir al autor y partícipe.

“Una de las consecuencias de esta teoría es la participación imprudente en un hecho doloso. Por ejemplo: El poseedor de un arma de fuego la guarda de manera descuidada, y otra persona la toma para matar, el

poseedor del arma responde por comisión imprudente del delito” (López, 2009, pág. 133).

#### 4. La Teoría del Dominio del Hecho

Fue impulsada por Claus Roxin, señala que el autor tiene el dominio del hecho, nos menciona lo siguiente: “el autor es la figura central del acontecer en forma de acción” (Roxin, 1998, pág. 42).

Esta teoría está en los delitos dolosos, donde el dolo está dentro de la tipicidad subjetiva, nos menciona que el autor debe tener la “intención de hacer daño con conciencia y voluntad” para cometer el delito y que el partícipe también lo tiene.

Reconoce varias formas del dominio del autor:

- Dominio de la Acción: Es aquella que se identifica con la autoría mediata, es cuando el autor se vale de una tercera persona para que cometa el ilícito.

“Dominio final del hecho es llevar a cabo, por medio de un actuar final, la propia voluntad de realización (el dolo tipo). Por eso falta en el actor inmediato, que obra sin dolo de tipo; y es propio del que está detrás, que con dolo de tipo manda a realizar el resultado típico a través de un tercero que obra sin dolo en relación a ese resultado” (Welzel, 1940, pág. 84).

Por ejemplo: A obliga a B, quien está embarazada, con amenazas graves de matarle a su hijo si no mata a C.

- Dominio de la voluntad: Es cuando a través de una tercera persona el autor mediato, busca que cometa un delito a través del engaño, la violencia o la intimidación. Pues esta tercera persona estaría actuando bajo un engaño y sería víctima.

Por ejemplo: A envenena un jugo, le da a B y le engaña que es un jugo fresco y natural para que le brinde a C.

C muere, pero a B no se le puede imputar por el ilícito.

- Dominio Funcional: Este dominio es aquel que explica el fenómeno de la coautoría, “son coautores los que realizan conjuntamente y de mutuo acuerdo el hecho delictivo” (Penal, 2012)

Hanz Welz el nos dice que: “La coautoría se basa sobre el principio de la división del trabajo. Cada coautor complementa con su parte en el hecho la de los demás en la totalidad del delito, por eso también responde por el todo...” (Welzel, 1940, pág. 90)

La coautoría tiene los siguientes elementos:

“Subjetivo: división de funciones o de tareas previamente acordadas

Contribución del coautor debe ser esencial.

Para que exista coautoría será necesario que los intervinientes lleve a cabo todos los elementos del tipo” (marisolcollazos, 2006)

Luego de haber mencionado las teorías de los partícipes del delito, debo afirmar que nuestra legislación en el artículo 42 del Código Orgánico Integral Penal nos da las mismas características del autor según la teoría del hecho.

Esta teoría se puede aplicar en el delito de peculado, ya que se basa netamente en los delitos dolosos y se encuentra en el tipo.

### **3.1.1 Autor y Cómplice**

Siempre ha habido una distinción entre autor y cómplice, pues jamás podrían ser la misma persona, para el cometimiento de algunos ilícitos se necesita de la intervención de dos o más personas, el Código Orgánico Integral Penal en el

artículo 41, les menciona al autor y al cómplice como partícipes de la infracción penal.

“El autor es el que realiza el tipo y los partícipes contribuirían a realización. Por tanto, es un criterio objetivo, la clase de contribución al hecho, la que determina la diferencia entre el autor y el partícipe” (Criminología, s.f.)

### **3.1.1.1 Cómplice**

Las características del autor ya lo mencionamos anteriormente con la teoría del hecho, ahora nos corresponde hablar del cómplice.

El artículo 43 del Código Orgánico Integral Penal nos indica que: “Responderán como cómplices las personas que, en forma dolosa, faciliten o cooperen con actos secundarios, anteriores o simultáneos a la ejecución de una infracción penal, de tal forma que aun sin esos actos, la infracción se habría cometido”

Dentro de la participación existe el principio de accesibilidad ya que la responsabilidad de los cómplices o partícipes es dependiente de la responsabilidad del autor.

Una forma de participación aparte de la del cómplice también es la inducción. La inducción: “... es determinar a otra persona para que ésta cometa un hecho delictivo, siendo esa determinación directa e intencional y sin que el inductor participe materialmente en la comisión del hecho....” (Criminología, s.f.)

La inducción para que se cumpla tiene ciertos requisitos que son los siguientes:

- Concreta e inducida a que la tercera persona cometa el delito determinado.
- Directa: ya que debe dirigirse a una persona determinada
- Determinante: El autor debe decir específicamente el acto ilícito que debe cometer

- Dolosa: El autor debe convencer al inducido a cometer el delito concreto.

### **3.2 La responsabilidad penal**

“La responsabilidad penal es una valoración negativa que se formula al autor, por no haber observado una conducta conforme a derecho” (Daza, 1997, pág. 81).

“La responsabilidad penal es aquella que imputa al culpable de un acto contrario a la ley, realizado con culpa o dolo.” (López, 2009, pág. 134)

La Constitución de la República del Ecuador nos menciona en el artículo 233. que “ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.

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

“Incorre en responsabilidad penal los funcionarios que en el ejercicio de su cargo realizan actos u omisiones que constituyen delito previsto y penado por la ley” (López, 2009, pág. 133).

El servidor público que incurriere en un acto doloso, que se encuentre tipificado como delito “peculado”, será responsable penalmente.

“El Código Integral Penal prevé, califica y castiga los hechos delictuosos imputables a los servidores públicos, sea por su participación activa en los mismos o por la mera pasividad ante el deber de intervenir, cuyas sanciones afectan a los derechos personales, en primer término el de la libertad” (Bayardo, 2009)

Los únicos facultados para determinar la responsabilidad penal de un servidor público, en un delito, son los jueces del tribunal de lo penal.

Las máximas autoridades de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, tienen fuero de Corte Provincial, y serán juzgados por el tribunal de la correspondiente jurisdicción territorial.

La Constitución de la República del Ecuador prevé que la Contraloría General del Estado solo puede determinar indicios de responsabilidad penal a las máximas autoridades o a los servidores públicos de los Municipios, Prefecturas y Juntas Parroquiales.

La Contraloría General del Estado al ser una entidad de control; realizará auditorías, a los Gobiernos Autónomos Descentralizados; si en la investigación que realizan los auditores encuentran indicios de responsabilidad penal respecto a delitos contra la administración pública, deberán hacer conocer a través de un informe al Contralor General o sus delegados, luego de aprobar este informe tendrán que remitir a la Fiscalía General del Estado la evidencia acumulada.

Una vez que se remiten todos los documentos a la Fiscalía; ésta analizará los mismos y de ser procedente iniciará el proceso de Instrucción Fiscal, etapa en la cual, ésta podrá pedir siempre que sea pertinente medidas cautelares en defensa de los intereses del Estado.

Una vez que el proceso penal finalice, y en el caso de existir sentencia condenatoria, ésta sentencia se remitirá a la Contraloría General del Estado

para que inhabilite al sentenciado en las funciones públicas, tal como establecen la Constitución de la República del Ecuador y el Código Orgánico Integral Penal.

### **3.3 La autoría en el delito de peculado**

Para poder entender la autoría en el delito de peculado es importante señalar dos diferencias fundamentales:

Existen delitos comunes, que es por ejemplo el homicidio.

Delitos especiales, como el delito de peculado, ya que se necesita que el autor tenga cualidades o características especiales, para poder cometer el ilícito. En este caso siempre debe estar involucrado un servidor público o una persona que actué en virtud de una potestad estatal.

La Constitución de la República del Ecuador nos menciona como actores del delito de peculado "...Las o los servidores públicos y los delegados o los representantes de los cuerpos colegiados de las Instituciones del Estado..."

Al momento que se afirma que el servidor público o los representantes de los cuerpos colegiados de las instituciones han tenido un comportamiento punible, lo principal que debe existir en ese comportamiento es el dolo "...entendido como conocimiento de los hechos y voluntad de realización o de la culpa, según el caso –tipo subjetivo-, porque a quien carezca de estos elementos no puede señalársele como autor de una conducta punible..." (Hernández, pág. 270)

En el delito de peculado, el servidor público o los representantes de cuerpos colegiados al momento que cometen el delito de peculado "abuso de los bienes públicos" son autores del delito.

Principalmente porque este delito es netamente doloso, además que los servidores públicos son los que tienen en su poder los bienes públicos.

Hans Welz el nos menciona lo siguiente: "... en los delitos dolosos es autor solamente aquel que mediante una conducción, consciente del fin, del acontecer causal en dirección al resultado típico, es señor sobre la realización del tipo..." (Welzel, 1940, pág. 81).

Recordemos que nuestra legislación se apega a la teoría del dominio del hecho de Roxin, tal como se señaló anteriormente, es así que en esta teoría nos habla de varias formas de dominio del autor, pero en los delito especiales como es el peculado "...solo puede ser autor quien tenga esa vinculación especial con el bien jurídico, toda vez que este es un factor constitutivo de uno de los elementos del tipo penal sin el cual no puede estructurarse..." (Hernandez, págs. 273-274).

Es decir que principalmente debe ser autor el servidor público ya que es la persona encargada de tener los bienes del estado, pero dentro del cometimiento del delito podría estar inmersa una persona en particular como coautora o participe.

Podrá ser autor del delito de peculado una persona en particular siempre y cuando al momento de realizar la acción del tipo, esté involucrado un servidor público.

"..... El delito de peculado es un delito de dominio, es que el extra neus también puede ser autor de dicho injusto. No obstante, esto no es posible por exigencias del principio de legalidad, el cual impide que los ciudadanos que no son funcionarios o servidores públicos sean considerados como autores del delito de peculado cuando lesionan un bien jurídico tutelado..." (Roxin, 1998, pág. 383)

Brindaremos la siguiente diferencia entre un autor y un partícipe: “Será autor quien realiza el tipo, será partícipe quien coadyuva en su perpetración con acciones intencionalmente cooperantes que tengan relevancia jurídico penal de cara al tipo catalogado y realizado por el autor” (Villa, 2005).

“La tipicidad de la participación comienza junto con el hecho principal, es decir, cuando el autor del hecho principal comienza la ejecución” (Zafaronni, 2002, pág. 796)

En el delito de peculado se podrá imputar al partícipe siempre y cuando el autor haya consumado el delito.

Una persona en particular puede estar involucrada en el delito de peculado siempre y cuando el autor del delito sea un funcionario público.

La tercera persona puede tener la calidad de partícipe o coautora en el delito, ya mencionamos lo que es la participación, ahora es imprescindible mencionar que es la coautoría para entender por qué pueda estar involucrado.

“La coautoría es cuando el dominio del hecho unitario es común a varias personas” (Welzel, 1956, pág. 117)

Cuando se juntan dos o más individuos a cometer el ilícito, deben haber tenido una decisión común en el hecho.

Los coautores para cometer el delito se dividen el trabajo, por lo que el autor y coautor tendrán la misma pena.

Por ejemplo: La máxima autoridad de un Consejo Provincial, va a ejecutar una obra con sobreprecio, pero para que pueda realizar esta contratación necesita de una persona en particular que actúe conjuntamente con él.

La máxima autoridad va paso a paso haciendo los pasos precontractuales, ordena a la comisión técnica que de los cinco participantes, se le adjudique el contrato al contratista Y.

Al final firman el contrato y se hace el desembolso del dinero, en ese momento se perpetua el delito de peculado.

### **3.4 La responsabilidad penal de la máxima autoridad basada en análisis a una sentencia del delito de peculado en los Gobiernos Autónomos Descentralizados**

A través de la sentencia dictada por la Corte Provincial de Justicia determina lo siguiente:

Por denuncia presentada por el Director Regional IV de la Contraloría General del Estado, manifiesta que la entidad realizó un examen especial al proceso pre contractual estudios y construcción del embaulado de una quebrada periodo comprendido desde el 2 de enero de 2006 al 25 de enero de 2008 donde se desprenden varios hechos de los cuales se han determinado indicios de responsabilidad penal ratificados por la Dirección Regional y Nacional de dicha Institución.

Los hechos transcurren desde el 11 de mayo del 2006 cuando el Fondo de Solidaridad y un X municipio, suscriben el convenio inter institucional para financiar el costo de las obras relacionadas al embaulamiento de una quebrada, comprometiéndose el Fondo de Solidaridad a entregar la cantidad de USD 486.295,16 y el Municipio la cantidad de USD 112.820,48 única y exclusivamente para ejecutar la totalidad del proyecto.

El alcalde que gestionó ante la entidad del estado los recursos para la construcción de dicha obra, recibe mediante oficio No. 015 HM-06 de 3 de mayo de 2006, del Director del Área de Salud número siete, un perfil epidemiológico en el que se hace conocer que varios ciudadanos de los barrios colindantes con la quebrada, sufren de enfermedades infecto contagiosas, solicitándole en forma urgente que continúe con la construcción de la segunda etapa.

En tales circunstancias y de lo que se desprende de la investigación realizada por la Contraloría General del Estado, Fiscalía y Procuraduría que son partes del proceso penal, se desprende:

El señor alcalde de un X cantón, abusando de su poder como autoridad, en contubernio con el representante de una X empresa de construcciones de obras y el procurador síndico municipal de ese entonces se coligaron para aprovecharse de fondos públicos en su beneficio, como se puede apreciar continuación:

En primera instancia notamos que el alcalde, buscaba de todas las maneras posibles declarar el estado de emergencia de la obra para lo cual el representante legal de X empresa, inicia un proceso en busca de remplazo del síndico del municipio, ya que el síndico titular no estaba de acuerdo con las actuaciones del alcalde por lo que solicitó vacaciones, en estas circunstancias, el representante legal de X empresa toma contacto con un abogado a quien le indica que hay una posibilidad de que trabaje en el municipio del X cantón, para que le asesore al alcalde de cómo puede declarar en emergencia la construcción de la quebrada y así él pueda beneficiarse de la adjudicación del contrato.

El alcalde declara en emergencia el embaulamiento de la quebrada por medio de una resolución, supuestamente aprobada por el consejo municipal el 28 de noviembre del 2006, para esto ya habían transcurrido más de seis meses del pedido del Director de Salud.

El asesor del alcalde, por petición éste conformó una supuesta comisión técnica que sería la que iba a fiscalizar de una manera eficaz el proceso precontractual.

La citada Comisión estaba conformada por personas ajenas de a la alcaldía, claro está que al señor alcalde no le interesaba, que sus empelados intervengan o sospechen de lo que estaban realizando ya que en su

declaración aduce que no tiene funcionarios preparados para la conformación de la misma.

Una vez conformada la comisión el alcalde invita a participar a la construcción del embaulamiento de la quebrada a cuatro profesionales pero a la final termina invitando y adjudicando la construcción de la obra a la compañía X representada por el amigo del alcalde y precursor de la estrategia a seguir para ser el ganador del contrato con el pleno conocimiento y aprobación del alcalde.

La mencionada comisión fue la encargada de fijar los parámetros técnicos de la obra, precios unitarios, etc., y según declararon los integrantes de dicha comisión, nunca se reunieron, ya que el asesor del alcalde era quien manejaba la información que ellos entregaban en borrador. En esta parte empieza a perfeccionarse el delito como podemos observar el primer fin se logró la declaratoria de emergencia, la segunda parte fue perfecta ya que se conformó una "comisión técnica" de personas que no tenían nada que ver con la municipalidad.

Con la firma del contrato, se perfecciona el delito, ya que con este se causaría el perjuicio económico al estado ecuatoriano; el momento que se comparan los precios unitarios y el precio total de la primera con la segunda etapa de la construcción del embaulamiento de la quebrada se establece por parte de la Contraloría General del Estado que existía un sobreprecio de aproximadamente el doble o un poco más de entre lo pagado en la primera etapa con relación a la segunda etapa, el monto de este sobreprecio asciende a la cantidad de USD 240.000 aproximadamente, se llega a esta conclusión luego de realizar varias investigaciones por ejemplo en el examen especial se determina entre otros que: en el rubro de limpieza manual entre la primera y segunda etapa se encontró una diferencia de US 789, la diferencia respecto a los rubros de hormigón simple de 210 kilogramos sobre centímetro cuadrado fue de USD 105.586,08.

A esto también debemos añadir que el Director del Registro Civil del X cantón manifestó que de enero a abril del año 2007 no hubieron muertes por enfermedades infecto contagiosas, en este punto se debe manifestar que en reiteradas ocasiones varios funcionarios del Municipio especialmente del área financiera contable recibían presiones del alcalde para que se paguen las planillas al contratista; y cuando estos empleados municipales le alertaban del sobreprecio, evidente entre la primera y segunda etapa, el burgomaestre los increpaba diciéndoles que no es cuestión de ellos realizar el análisis de precios.

Además cuando los empleados municipales revisaron el contrato este carecía de documentos esenciales para la suscripción de un contrato administrativo como el certificado de no incumplir con el estado, la oferta técnica, ni el cronograma de trabajo etc.

El delito fue preparado, ya que tuvo una serie de procedimientos ilícitos, tanto así que no importaban las formalidades para el alcalde lo único que le interesaba era firmar el contrato con el X contratista y que se le pague de manera rápida.

El cometimiento de este ilícito fue planificado desde su inicio y perfeccionado en las siguientes etapas:

Primero.- Se pusieron de acuerdo el alcalde y el contratista, para que se declare la emergencia y de esta manera saltarse todos los pasos precontractuales y adjudicarle de manera directa el contrato.

Segundo.- buscaron un profesional en derecho que brinde argumentos jurídicos al Consejo Municipal indicando que si es procedente firmar la declaratoria de emergencia.

Tercero.- Consiguieron una ilegal declaratoria de emergencia en base a un informe que carecía de soporte técnico

Cuarto.- Crearon una comisión técnica ilegal para estructurar precios, plazos y proceder a contratar a quien ya lo tenían listo

Quinto.- Duplican los precios entre la primera y segunda etapa, en esta parte es evidente el cometimiento del delito porque existe un sobre precio.

En la sentencia nos damos cuenta que existe responsabilidad penal y sobre todo de la Máxima Autoridad por lo siguiente:

1. El señor alcalde del X Cantón, tuvo el conocimiento y la voluntad para “abusar de los fondos públicos de la municipalidad que le fue encomendada”, beneficiándose de un contrato irregular, violando las normas de la Ley de Contratación Pública al integrar una comisión técnica falsa, declarando la emergencia y adjudicando y beneficiando del contrato el representante legal de la X empresa.

Por este contrato canceló la cantidad de \$ 485.595.07, valor que según las pruebas aportadas era para la construcción de las cuatro etapas del embaulado de la quebrada, por lo que se determinó un perjuicio económico a la entidad que asciende a doscientos cuarenta mil doscientos noventa y seis con ochenta y seis dólares.

2. El Procurador Sindico encargado del Municipio, actuó con dolo al preparar, idear y ejecutar el perjuicio económico a la entidad esto se desprende de las pruebas que fueron aportadas en el proceso.

En su calidad de servidor público se aprovechó de su cargo, firmando y asesorando supuestamente a la entidad, para favorecerle al contratista la adjudicación del contrato.

3. El contratista con conocimiento y voluntad se benefició del procedimiento de la adjudicación de la obra, el cual aceptó que se le cancelaran rubros inexistentes, causando un perjuicio patrimonial a la municipalidad.

Con todo lo antes mencionado se determina que existen los siguientes grados de responsabilidad penal:

El Alcalde y el Procurador Sindico como autores por tener la figura de servidores públicos, los cuales pudieron facilitar el cometimiento del delito de peculado, al tener a su alcance y en su poder todos los recursos necesarios para poder “abusar de los bienes del estado”.

En este caso el Alcalde al ser máxima autoridad es quien ordenó el pago, declaró en emergencia y facilitó todo el proceso para la adjudicación del contrato, beneficiándose también de los fondos del estado.

El Procurador Síndico encargado, de una forma directa participó emitiendo un criterio falso sobre el contrato que era totalmente irregular, él desde un principio sabía que el asesoramiento que le iba a dar a la municipalidad era ilegal, pero no le importó con tal de beneficiar al contratista.

El Contratista como coautor ya que por no tener la figura de servidor público no se le puede imputar como autor del delito.

El contratista desde un comienzo se puso de acuerdo con el Alcalde, fue partícipe de todo el proceso en forma directa y principal, obteniendo un resultado que fue el cometimiento del delito de peculado, “abusando de los bienes del estado”.

La coautoría, “.....es autoría su particularidad consiste en que el dominio del hecho unitario es común a varias personas....” (Welzel, 1940, pág. 90).

En este caso existen dos sujetos que se dividieron el trabajo para cometer el delito, el primero abusó de su poder de autoridad adjudicándole el contrato y segundo aceptó el contrato sabiendo que existía un sobre precio.

Dentro del delito de peculado tenemos los siguientes elementos:

a) Elementos materiales y subjetivos.

El acto debe ser realizado por un servidor público.

Que hubiere “abusado” dinero público o privados, de efectos que los representan, piezas, títulos, documentos, bienes muebles e inmuebles.

Que estuviere en su poder en virtud o razón de su cargo.

Que el abuso consistía en el desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante.

b) El verbo rector es “abuso de bienes públicos”.

c) El poder que hace alusión la norma debe ser entendida como “posesión actual o tendencia de una cosa”, entendiéndose por posesión en materia penal, tal como lo señala Maggiore “... la posibilidad que la administración pública tiene de disponer una cosa, utilizándola para sus fines propios, por medio del funcionario que de aquella depende” (Maggiore, pág. 169). Esto significa que no solo el dinero o valores están en poder del funcionario si no que tiene la facultad para disponer de ellos.

Con lo antes mencionado concluimos con la hipótesis de que las máximas autoridades de los Gobiernos Autónomos Descentralizados al momento de actuar dolosamente tienen responsabilidad penal en el delito de peculado.

La responsabilidad penal nace con el dolo que es:

"cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias del hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica". (Jimenez, 2013)

Kohler afirma que: “el dolo es el saber y el querer de la realización de los elementos del tipo objetivo”. (Kohler, 2008, pág. 516)

Dentro del dolo tenemos dos elementos fundamentales para constituirse como tal:

El Elemento Intelectual:

“El aspecto intelectual abarca el conocimiento actual de todos los elementos objetivos que forman el tipo penal” (Welzel, 2008, pág. 519)

Es cuando el sujeto activo de la acción sabe que es lo que está haciendo y que va a vulnerar un bien jurídico.

Elemento volitivo:

Que es cuando existe toda la intención y voluntad de causar daño y vulnerar el bien jurídico.

Los alcaldes, prefectos y los presidentes de las juntas parroquiales tienen responsabilidad penal cuando sus actuaciones dolosas han dado como resultado actos de peculado es decir “abuso de bienes públicos”.

Si es que existe solo la intención o dolo no puede existir el delito de peculado, debido a que éste es un delito de resultado y debe seguir todo un proceso para llegar a su fin.

La responsabilidad penal podría empezará a surgir desde el proceso precontractual pero si no se firma el contrato y se desembolsa el dinero, no existe perjuicio económico a la entidad, no existe el delito.

“Sólo puede condenarse por el delito doloso cuando se demuestra que el autor tenía un conocimiento cierto, actual y efectivo, no solo de los elementos objetivos del tipo, sino también de la ilicitud de comportamiento”. (Donna, 2008, pág. 524)

### **3.4.1 La responsabilidad penal de las Máximas Autoridades en la firma contratos administrativos con la figura de la delegación**

“La delegación es una transferencia de tareas, funciones, atribuciones y autoridad, que se realiza entre una persona que ocupa un cargo superior, a un inferior jerárquico para que opere en un campo limitado y acotado, normalmente con un objetivo específico”. (Musso, 2005)

La Ley Orgánica de Contratación Pública nos menciona que las Máximas Autoridades de las entidades del Estado podrán delegar la suscripción de los contratos administrativos a través de una resolución que deberá estar en el Portal de Compras Públicas.

El delegante no estará exento de responsabilidad por la delegación.

“La delegación no implica pérdida de responsabilidad del delegante, respecto a la decisión que tome en ejercicio de dicha facultad, si no que la comparte con el delegatario” (Pérez, López, & Aguilar, 2011, pág. 294).

Luego de haber investigado el tema con el Director de Patrocinio de la Contraloría General del Estado el Doctor Diego Abad y con el ex Defensor del Pueblo el Doctor Romeo Silva me han mencionado la siguiente acotación.

La máxima autoridad cuando delega una parte precontractual del contrato administrativo, por ejemplo: X alcalde va a contratar a una empresa que abastezca al municipio de escritorios, delega que la comisión técnica se encargue de elegir a los contratistas, uno de los funcionarios públicos que conforman la comisión técnica se fabula con el contratista para que oferte el precio más caro.

El funcionario público les convence a los demás servidores públicos que conforman la comisión técnica para que le acepten a dicho contratista.

Aceptan al contratista el alcalde firma el contrato desconociendo el ilícito que se estaba cometiendo.

En este caso la Máxima Autoridad no es responsable penal ya que el delego esa función, él no estuvo dentro de ese proceso precontractual, en este caso que tipo de grado de responsabilidad penal se le podría imputar al alcalde, no existiría dolo por parte de la máxima autoridad; claro está que si puede tener otro tipo de responsabilidades como civil que es la acción u omisión culposa aunque no intencional de un servidor público o de un tercero, autor o beneficiario, de un acto administrativo emitido, sin tomar aquellas cautelas, precautelos o precauciones necesarias para evitar resultados perjudiciales directos o indirectos a los bienes y re-cursos públicos o administrativa por la inobservancia de las disposiciones legales relativas al asunto de que se trate, y sobre el incumplimiento de las atribuciones, funciones, deberes y obligaciones que le compete por razón de su cargo.

Cuando la Máxima Autoridad delega la firma de un contrato supongamos al director de obras, en ese caso estaría exento de cualquier tipo de responsabilidad.

Ya que como va ser responsable de un acto en el cual el no tuvo nada que ver, no estuvo presente, no controla los pasos precontractuales y ni si quiera existe su firma que es fundamental en un proceso, ya que es la aceptación del acto.

Las Normas de Control Interno de la Contraloría General del Estado en punto 200-05 nos menciona que el delegado será personalmente responsable de las decisiones y omisiones con relación al cumplimiento de la delegación.

El Tribunal Distrital No.1 de lo Contencioso Administrativo de Quito, en sentencia dictada el 09 de octubre de 2012, menciona lo siguiente: “no es imputable aquellas funciones que se encuentren fuera de tiempo de sus funciones” (Sentencia, 2012).

## Conclusiones

- El delito de peculado perturba los intereses del país ya que está afectando el patrimonio del estado ecuatoriano, dejando secuelas, como la pobreza, la a alfabetización e incluso la supuesta realización de obras que jamás fueron ejecutadas.
- Lo más importante que puedo acotar en esta investigación es que los legisladores dan un mismo tratamiento legal al delito de peculado, que a un delito de genocidio o lesa humanidad.
- Tanto ha llegado a afectarnos la corrupción en nuestro país que para poderla erradicar de alguna manera, la Constitución de la República del Ecuador manifiesta que el delito peculado es imprescriptible y se podrá juzgar en ausencia del procesado, con esto los servidores públicos que se han llenado sus bolsillos del dinero ecuatoriano y han emigrado a otros países con exilios para evadir la justicia, ya no importaría ya que la legislación ecuatoriana nos brinda una protección.
- Con la investigación realizada hemos llegado a la conclusión que el delito de peculado puede iniciar en cualquier etapa precontractual o en la contractual; pero para que se perfeccione el delito debe existir no solo la firma del contrato sino el desembolso del dinero.
- Para que a una persona en particular se le pueda declarar responsable del delito de peculado como autor, debe siempre estar confabulado con un servidor público, para que de esta manera se le considere como coautora o participe.
- La Contraloría General del Estado es la entidad encargada de determinar indicios de Responsabilidad Penal por medio de sus auditorías que realizan a las entidades.

- El único que está facultado para declarar la responsabilidad penal es el Tribunal de Garantías Penales o en el caso de que sea una máxima autoridad de una GAD, al tener fuero de Corte, serán juzgados por la Corte Provincial de su domicilio.
- En la sentencia analizada se llega a la conclusión, que en nuestro país aún falta mucho por hacer para erradicar la corrupción, el abuso de poder.
- El Alcalde al realizar un contrato con sobreprecio para su beneficio propio y del contratista, afecto a los ciudadanos del Cantón X, con ese dinero se podían haber realizado obras que son necesarias para el Cantón o incluso haber terminado las cuatro etapas de la quebrada de Porotillo pero como estamos acostumbrados a dejar impunes los delitos las máximas autoridades o servidores públicos se aprovechan de eso y sigue el perjuicio económico a nuestro país, el cual aún es un país con gente pobre, con cantones que no tienen ni si quiera agua potable, un país el cual aún necesita desarrollarse en educación y tecnología.
- Se comprueba que si existe responsabilidad penal en la Máxima Autoridad de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, siempre y cuando hayan actuado dolosamente.

## Recomendaciones

Durante el desarrollo investigativo de este trabajo, al hablar de los Gobiernos Autónomos Descentralizados y el delito de peculado, nos conlleva a brindar ciertas recomendaciones que de alguna manera aportaran para erradicar la corrupción:

- Para resarcir el daño económico al estado con la brevedad posible, se debería realizar una enmienda legal, donde se establezca que en el caso de los delitos contra la administración pública el juez debe dictar sentencia máximo en tres meses, para que de esa manera el dinero del estado sea recuperado con la brevedad posible.
- Se deberían brindar políticas de capacitación a los servidores públicos y a las máximas autoridades, para que se den cuenta todo lo que el país pierde y cuanto se afecta, con el cometimiento del delito.
- Debería existir programas tecnológicos que permita a la Contraloría General del Estado, como ente controlador, monitorear paso a paso el proceso precontractual y la contratación que se vaya a realizar.
- Si la máxima autoridad de un Gobierno Autónomo Descentralizado, por la gran cantidad de obras que debe contratar, tiene una exagerada carga de trabajo, debería poder legalmente contratar técnicos a los cuales pueda delegar el análisis correspondiente.
- Con el portal de compras públicas en algo se ha logrado transparentar el proceso de contratación pero son las entidades a través de sus comisiones las que al final escogen al contratista por lo que sugiero que en el mismo inicio de las invitaciones a los contratistas se cree un sistema automático de pre selección y que sea el sistema el que determine el ganador del concurso para evitar la intervención de las personas.

- Realizar una reforma legal donde se especifique de qué manera puede ser responsable penal la máxima autoridad, al momento de delegar la firma del contrato administrativo, ya que la ley de Contratación Pública es muy ambigua al determinar que será responsable el delegatario, y no nos menciona ningún tipo de responsabilidad en esta figura.

## Referencias

- Agudelo, N. (2004). *La Estructura del Delito en el Nuevo Código Penal*. Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Alban, E. (s.f.). El peculado. En E. Alban, *Manual de Derecho Penal* (pág. 126). Quito: Legales S.A.
- Albán, E. (s.f.). Peculado. En E. Albán, *Manual de Derecho Penal* (pág. 127). Quito: legales S.A.
- Andrade, D. R. (s.f.). *Análisis Jurídico*. Obtenido de [www.analisisjuridico.com/publicaciones/el-juicio-en-ausencia/](http://www.analisisjuridico.com/publicaciones/el-juicio-en-ausencia/)
- Angulo, M. C. (2002). Culpabilidad. En M. C. Angulo, *Lecciones de Derecho Penal, Parte General* (págs. 361-363). Bogota: Universidad Externado de Colombia.
- Balbin, C. (2011). Los Contratos Administrativos. En C. Balbin, *Tratado de Derecho Administrativo* (pág. 523). Argentina: La Ley S.A.E.
- Bayardo, C. (2009). La responsabilidad penal. *El delito peculado en Ecuador*. Quito, Pichincha, Ecuador: Universidad Simon Bolivar.
- Betancourt, E. (1998). La antijuricidad y su ausencia. En E. Betancourt, *Teoría del delito* (págs. 150-152). Mexico: Porrúa.
- Betancourt, N. A. (2007). Esquemas del delito. En N. A. Betancourt, *Curso de Derecho Penal* (pág. 118). Bogota : Temis.
- Busch, R. (1988). Culpabilidad. En J. Jimenéz, *Introducción a la Teoría General del Delito* (pág. 170). México: Angel.
- Cabanellas, G. (n.d.). *Diccionario Jurídico Elemental*. Argentina: Heliasta S.R.L.
- Cargua, P. (27 de 01 de 2012). *Plan Anual de Contrataciones*. Obtenido de <http://patriciocargua.blogspot.com/2012/01/plan-anual-de-contrataciones-pac.html>
- CARRERA, D. (1995). *Peculado de Bienes y Servicios Público*. Córdoba: Mediterránea, pag 1366.
- Carrion, L. C. (2006). *El Peculado*. Quito: Cueva Carrión .
- (n.d.). Tecciones de Derecho Penal. In G. B. Castillo, *Delimitación entre acción y omisión* (p. 217). Externado de Colombia.

- Ciencias, F. d. (n.d.). From  
[www.udea.edu.com/portal/page/portal/bibliotecasesdesdependencias/unidadadesacademicas//facultadderechociencias](http://www.udea.edu.com/portal/page/portal/bibliotecasesdesdependencias/unidadadesacademicas//facultadderechociencias)
- Compra, D. C. (Agosto de 2010). *Guía Certificado*. Recuperado el 27 de 05 de 2014, de [www.chilecompra.cl/index.php?...certificado-de-disponibilidad-presupuestaria...](http://www.chilecompra.cl/index.php?...certificado-de-disponibilidad-presupuestaria...)
- Conde, M. (1999). *Teoría General del delito*. Bogotá: Temis.
- Criminología. (s.f.). *Criminología*. Obtenido de <http://www.criminologia.org.es/aportaciones/primero/PenalRes18.pdf>
- Cueva, L. (2006). 2da parte capítulo 2. En L. C. Carrión, *Peculado Tomo I* (págs. 183-184). Quito: Cueva Carrión.
- Cuevas, G. C. (1997). *Diccionario Jurídico Elemental*. Argentina: Heliasta. (1995). In D.Carrera, *Peculado de Bienes y Servicios Públicos* (p. 126). Córdoba: Mediterranea.
- Daza, C. (1997). *Teoría de Imputación personal*. México: Criminalia.
- Dohna. (1988). El Finalismo. En J. Jiménez, *Introducción a la Teoría General del Delito* (pág. 223). México: Angel.
- Donna, E. (1995). El tipo penal. En E. Donna, *Teoría del Delito y la Pena* (págs. 69-84). Buenos Aires: Astrea.
- Donna, E. (2002). El tipo subjetivo en el delito doloso. En E. Donna, *Derecho Penal Parte General* (pág. 515). Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Donna, E. (2008). La Tipicidad. En E. Donna, *Derecho Penal* (pág. 354). Argentina: Rubinzal-Culzoni.
- Donna, E. (2008). La Tipicidad. En E. Donna, *Derecho Penal Parte General* (pág. 385). Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- Eguiguren., G. (s.f.). *Manual de Contratación Pública*. Quito: EDLE S.A.
- Encalada, P. (2011 йил 17-01). *Derecho Ecuador*. From [derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2010/11/12/el-delito-de-peculado](http://derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2010/11/12/el-delito-de-peculado)
- Encalada, P. (15 de julio de 2013). Antijuricidad. *Teoría Constitucional del delito y el Código Organico Integral Penal*. Quito, Pichincha, Ecuador.

- Encalada, P. (15 de julio de 2013). Culpabilidad . *Teoría Constitucional del Delito en el Código Integral Penal*. Quito, Pichincha , Ecuador: Universidad Andina del Ecuador.
- Encalada, P. (15 de Julio de 2013). Teoría Constiucional del Delito y Código Integral Penal. *Tipicidad*. Quito, Pichincha, Ecuador: Universidad Andina del Ecuador.
- Escobar, C. B. (2007-2009). *Universidad Andina Simón Bolívar*. From [www.repositorio.uasb.edu.ec](http://www.repositorio.uasb.edu.ec)
- española, D. d. (n.d.). *Word Reference*. From <http://www.wordreference.com/definicion/abusar>
- española, R. A. (2014). *Diccionario de la lengua española*. From <http://lema.rae.es/drae/?val=corrupcion>
- Estado, C. G. (n.d.). *Investigaciones Jurídicas El Peculado*. Quito: Departamento de estudios jurídicos y cauciones.
- (n.d.). In D. J. Estado, *El Peculado* (pp. 23-27). Quito: Departamento de Estudios Jurídicos y Cauciones.
- Etcheberry, A. (1997). El elemento formal del delito, la tipicidad. En A. Etcheberry, *Derecho Penal* (pág. 219). Chile: Jurídica de Chile.
- Etcheberry, A. (1997). Los Elementos del delito. En A. Etcheberry, *Derecho Penal* (pág. 175). Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Fernandez, M. (1988). La Antijuricidad. En J. Jimenéz, *Introducción Teoría General del Delito* (pág. 103). México: Angel.
- Hernandez, A. (s.f.). Autoría y Participación. En A. Hernandez, *buscar en el libro* (págs. 273-274).
- Hernández, A. (s.f.). Autoría y Participación. En v. e. libro, *ver libro* (pág. 270).
- Hernández, A. (s.f.). *Derecho Penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jimenez, L. (09 de 10 de 2013). *Derecho Ecuador*. Recuperado el 05 de 06 de 2014, de <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoopenal/2013/09/20/el-dolo-y-la-culpa-en-materia-penal>

- López, N. (2009). Responsabilidad penal. En N. López, *La responsabilidad civil, administrativa y penal de los servidores públicos* (pág. 133). Quito: Asociación de municipalidades.
- López, N. (2009). Responsabilidad penal. En N. López, *La responsabilidad civil, administrativa y penal de los servidores públicos* (pág. 134). Quito: Asociación Municipalidades Quito.
- Machicado, J. (2014). *Apuntes Jurídicos*. Obtenido de <http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/03/la-culpabilidad.html>.
- Machicado, J. (2014). *Apuntes Jurídicos*. Retrieved 2014 йил Abril from [jorgemachicado.blogspot.com/2009/03/la-culpabilidad.html](http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/03/la-culpabilidad.html).
- Maggiore. (s.f.). Derecho Penal. En Maggiore. (1961). In V. Manzini, *Tratado de Derecho Penal* (p. 132). Buenos Aires: Torinese.
- Musso. (2005). *Universidad de Chile*. Recuperado el 13 de 06 de 2014, de [http://users.dcc.uchile.cl/~mnmonsal/memoria/docs\\_cc69f.pdf](http://users.dcc.uchile.cl/~mnmonsal/memoria/docs_cc69f.pdf).
- Navarra, U. d. (n.d.). *El Sistema español: los delitos*. From <http://www.unav.es/penal/criminal/topicos/bienjuridico.html>.
- Ossandón, M. (2008). *Delitos Culposos*. From [www.es.scribd.com/mobile/doc/](http://www.es.scribd.com/mobile/doc/)
- Paredes, B. (septiembre de 2009). *Delito de Peculado en el Ecuador*. Recuperado el 15 de 06 de 2014, de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/699/1/T755-MDP-Paredes-EI%20delito%20de%20peculado.pdf>.
- Penal, D. (02 de octubre de 2012). *Derecho Penal*. Recuperado el 05 de 06 de 2014, de [www.infoderechopenal.com](http://www.infoderechopenal.com).
- Pérez, A. (2011). Requerimiento Previos a todo procedimiento precontractual. En D. López, José Aguilar, & A. Pérez, *Manual de Contratación Pública* (págs. 83-84). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Peréz, A., López, D., & Aguilar, J. (2011). La Oferta y su evaluación. En A. Pérez, D. López, & J. Aguilar, *Manual de Contratación Pública* (pág. 294). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Pérez, A., López, D., & José Aguilar. (2011). La Adjudicación. En A. Pérez, D. López, & J. Aguilar, *Manual de Contratación Pública* (págs. 281-282). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

- Roxin, C. (1997). La Estructura de la Teoría del Delito. En C. Roxin, *Derecho Penal Parte General, Tomo I* (págs. 201-203). Madrid : Civitas.
- Roxin, C. (1998). En C. Roxin, *Autoría y dominio del hecho en el derecho penal* (pág. 42). Madrid: Marcial Pons.
- Roxin, C. (1998). En C. Roxin, *Autoría y dominio del hecho en el derecho penal* (pág. 383). Barcelona: Marcial Pons.
- UFG. (s.f.). *Teoría del Delito*. Recuperado el 01 de 06 de 2014, de <http://teoriadeldelitopenal1.es.tl/Inicio.htm>.
- UMU, C. (07 de 2006). *Derecho Penal Autoría y Participación*. Recuperado el 05 de 06 de 2014, de [www.marisolcollazos.es](http://www.marisolcollazos.es)
- Universidad San Francisco de Quito. (n.d.). From [http://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/915/2/98093%20\(Tesis\).pdf](http://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/915/2/98093%20(Tesis).pdf)
- Villa, J. (28 de marzo de 2005). *Autoría y Participación* . Recuperado el 13 de 06 de 2014, de <http://www.pj.gob.pe>.
- Welzel, H. (1940). La autoría. En H. Welzel, *La Conducta Punible y su Autor* (pág. 90). Bogota: Leyer.
- Welzel, H. (1940). Lo Injusto de los delitos Dolosos. En H. Welzel, *La Conducta Punible y su autor* (pág. 90). Bogota: Leyer.
- Welzel, H. (1940). Lo Injusto y su hecho. En H. Welzel, *La Conducta Punible y su autor* (pág. 84). Bogota: Leyer.
- Welzel, H. (1940). Lo Injusto y su hechor. En H. Welzel, *La Conducta Punible y su Autor* (pág. 81). Bogota: Leyer.
- Welzel, H. (1956). La Autoría. En H. Welzel, *Derecho Penal Parte General* (pág. 117). Buenos Aires: Roque Depalma.
- Zafaronni. (2002). En E. Raul, A. Alagia, & Alejandro slokar, *Derecho Penal Parte General* (pág. 796). Buenos Aires.
- Zambrano, Alejandra. (24 de enero de 2012). *Contratación Publica Ecuador*. Recuperado el 2014, de <http://alezambranot.blogspot.com/2012/01/comision-tecnica.html>