



INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES
LA UNIVERSIDAD DE POSGRADO DEL ESTADO

REPÚBLICA DEL ECUADOR
INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES
LA UNIVERSIDAD DE POSGRADO DEL ESTADO

Maestría en Auditoría Gubernamental y Control

**TRABAJO DE TITULACIÓN PARA OBTENER LA MAESTRÍA PROFESIONAL EN
AUDITORIA GUBERNAMENTAL Y CONTROL**

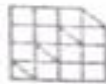
Autor: Yesenia Janeth Tixi Lucero

Director: Ms. Ana Ponce

Quito, 10, 2018



ACTA DE GRADO



INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES
LA UNIVERSIDAD DE POSGRADO DEL ESTADO

No.047- 2019.

ACTA DE GRADO

En el Distrito Metropolitano de Quito, hoy a los quince días del mes de febrero del año dos mil diecinueve, YESENIA JANETH TIXI LUCERO, portadora del número de cédula: 0604570010, EGRESADA DE LA MAESTRÍA EN AUDITORÍA GUBERNAMENTAL Y CONTROL (2017-2019), se presentó a la exposición y defensa oral de su Artículo Científico, con el tema: "LA TRASCENDENCIA DE LOS INFORMES DE INDICIOS DE RESPONSABILIDAD PENAL Y SU INCIDENCIA EN LA DECISIÓN JUDICIAL: ESTUDIO DE CASO MÚLTIPLE DE DELITO DE PECULADO", dando así cumplimiento al requisito, previo a la obtención del título de MAGÍSTER EN AUDITORÍA GUBERNAMENTAL Y CONTROL.

Habiendo obtenido las siguientes notas:

Promedio Académico:	9.27
Artículo Científico Escrito:	8.75
Defensa Oral Artículo Científico:	9.12

Nota Final Promedio: 9.10

En consecuencia, YESENIA JANETH TIXI LUCERO, se ha hecho acreedora al título mencionado.

Para constancia firman:

Mgs. Ana Ponce.

PRESIDENTE DEL TRIBUNAL

Mgs. Grace Tamayo.
MIEMBRO

Dr. Romel Tintin.
MIEMBRO

Abg. Nimena Carvajal Chiriboga.

DIRECTORA DE SECRETARÍA GENERAL

De conformidad con la facultad prevista en el estatuto del IEN CERTIFICO que la presente es fiel copia del original.

Fojas 01

Fecha 15-03-2019

Secretaría General



INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES
LA UNIVERSIDAD DE POSGRADO DEL ESTADO

AUTORÍA

Yo, Yesenia Janeth Tixi Lucero, Master, con CC 0604570010, declaro que las ideas, juicios, valoraciones, interpretaciones, consultas bibliográficas, definiciones y conceptualizaciones expuestas en el presente trabajo, así como los procedimientos y herramientas utilizadas en la investigación, son de absoluta responsabilidad de la autora del trabajo de titulación. Asimismo, me acojo a los reglamentos internos de la universidad correspondientes a los temas de honestidad académica.

Firma
CC.: 0604570010



INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES
LA UNIVERSIDAD DE POSGRADO DEL ESTADO

AUTORIZACIÓN DE PUBLICACIÓN

Autorizo al Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN) la publicación de este Artículo Científico, de su bibliografía y anexos, como artículo en publicaciones para lectura seleccionada o fuente de investigación, siempre dando a conocer el nombre del autor

Firma
CC.: 0604570010



INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES
LA UNIVERSIDAD DE POSGRADO DEL ESTADO

FICHA CATALOGRÁFICA



DEDICATORIA

Este trabajo investigativo dedico con todo mi amor y cariño en primer lugar a mis padres por su sacrificio, esfuerzo y apoyo que día a día me dieron durante el transcurso de los estudios , los mismos que fueron mi inspiración para llegar al final de la meta y no de caer en ningún momento, sea perseverante y cumplir mis ideales.

En segundo lugar a mis hermanos por su apoyo incondicional y palabras de aliento, por confiar en mi capacidad y ayudarme a llegar a mi meta, a la meta más soñada y esperada por mucho tiempo, la misma que será mi pilar fundamental para construir el futuro venidero y lograr más proyectos profesionales.

Y en tercer lugar a Dios por la vida y la salud que me dotó hasta el día de hoy y permitirme llegar a cumplir mis sueños e ir construyendo mi futuro y vida profesional.



AGRADECIMIENTO

Quiero agradecer a mi tutora Ms. Anita Lucia Ponce, que sin su ayuda y conocimientos no se hubiese podido realizar este proyecto de investigación.

A esta noble Institución por brindarme la oportunidad de ser un estudiante y abrirme las puertas al saber, gracias a los cuales he podido construir mis conocimientos profesionales y servir mejor a la sociedad y al Estado, y construir los mejores cimientos para continuar con mis estudios.

A mis maestros, que gracias a esta Institución conté con los mejores en el área, que día a día nos dotaron de los mejores conocimientos y los mismos que nos han servido para incrementar el capital del conocimiento y ser unos verdaderos profesionales dedicados a mejorar el día a día del estado.

A mis compañeros de estudios con los que he podido compartir y aprender de los grandes momentos y conocimientos, producto de su trabajo y experiencia.



ÍNDICE DE CONTENIDOS

Contenido

Resumen	1
Palabras Clave.....	1
Introducción.....	2
Revisión de la Literatura	6
Aplicación Metodológica	13
Proposiciones	16
Propuesta 1	16
Propuesta 2.....	17
Propuesta 3.....	17
Análisis y Discusión.....	17
Lecciones Aprendidas	24
Referencias	25



ÍNDICE DE TABLAS

<i>Tabla 1.</i> Análisis comparativo entre casos	20
Tabla 2. Trascendencia del IRP en la decisión judicial.....	21
<i>Tabla 3.</i> Proposición 1	22
<i>Tabla 4.</i> Proposición 2	23
Tabla 5. Evidencia de la proposición 3	23



ÍNDICE DE GRÁFICOS

Figura 1. Estructura del Sistema Nacional de Finanzas Públicas. Adaptado de: artículos 225, 297 y 315 de la Constitución de la República del Ecuador. Publicada mediante Registro Oficial No.449 de 20 de Octubre de 2008.....	15
<i>Figura 2. Modelo de Estudio. Tomado de: Rule y John (2015). A necessary dialogue: Theory in case study research. International Journal of Qualitative Methods.</i>	<i>16</i>
Figura 3. Trascendencia del IRP.....	18

Trascendencia de los Informes de Indicios de Responsabilidad Penal de la CGE en la Decisión Judicial

Yesenia Tixi Lucero
Instituto de Altos Estudios Nacionales

Resumen

La Contraloría General del Estado (CGE) es el órgano encargado del análisis sobre la gestión pública y la eficiente administración del recurso estatal, expresándose a través de Informes con Indicios de Responsabilidad Penal (IRP) cuando se suscita el desvío de los recursos públicos por acción (u omisión) de sus custodios y la eventual participación de terceros.

La consumación del delito de peculado por el servidor público vulnera por una parte la fidelidad de cumplimiento en la custodia de caudales; y, por otra, provoca el desmedro de fondos y bienes estatales para beneficio del custodio o de terceros

El IRP constituye un requisito para el inicio del proceso penal y luego es prueba determinante para la imposición de pena privativa de libertad de diez a trece años, distinguiéndose la indispensable concurrencia de un funcionario público, lo que configura el denominado peculado propio. En tanto que, la eventual participación de terceros, da lugar a peculado impropio, diferenciándose también entre autoría y complicidad, que tienen medida de punición diferenciada, esto conforme los actos ejecutados y la concurrencia de circunstancias agravantes y/o atenuantes.

Palabras Clave: Requisito de procedibilidad, responsabilidad del servidor público, auditoría gubernamental, proceso penal.

Introducción

Al hablar de corrupción, Malet (1998) indicó que este fenómeno consiste en modificar la dirección de una cosa, pervirtiéndola, como ocurre cuando las instituciones se desvían del fin para satisfacer necesidades para las que están socialmente normalizadas. Al respecto, Bayardo (2009) señaló que es un acto indebido en el servicio público, de aquí que para la Organización Alemana de Transparencia Internacional del índice calculado de 0 altamente corrupto a 100 muy transparente “[...] países como Paraguay, México, Honduras y Ecuador obtuvieron una calificación entre 29 y 32” (Ustyanowski, 2018). De lo expresado, Ecuador siente en carne propia los estragos derivados de este azote, donde además conforme lo expresado en una entrevista a un funcionario de transparencia internacional se “ubica a Ecuador en el tercer lugar de los países más corruptos de Latinoamérica” (Monroy, 2017).

En este sentido, Hernández (2018) resalta como una respuesta judicial frente a la corrupción, la implementación de la figura del agente encubierto, misma que tiene un margen relativo de eficiencia para materia de corrupción. Desde de la perspectiva de la investigación del delito, se recalca la utilización de inteligencia y contrainteligencia para el control de la corrupción que ha sido definida como “una amenaza real y un problema estructural, que afecta la existencia del Estado y la ejecución de sus fines esenciales, asumiendo diversas, complejas y sofisticadas formas, difíciles de controlar en un escenario donde se mensura la satisfacción de necesidades y la prestación de los servicios a través de índices y abstracciones numéricas, no conectados con la calidad real de los servicios y su eficiente beneficio social” (p.112). En Ecuador, la Norma Técnica de Presupuesto (NTP, 2007) en el articulado 2.1.4 dispone entre los Principios Presupuestarios la Efectividad, así “El presupuesto contribuirá a la consecución de metas y resultados definidos en los programas contenidos en el mismo” (p. 10). De aquí su

importancia para la prevención y el control de las herramientas normativas en articulación con las técnicas policiales de investigación para un enfoque y tratamiento integral de la corrupción y sus efectos derivados.

Desde la perspectiva orgánica estatal, los artículos 211 y 212 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE) disponen que la Contraloría General del Estado (CGE) será el organismo encargado no solo de controlar la utilización de los recursos públicos y la consecución de objetivos, sino también del sistema de control, fiscalización y auditoría del Estado, con facultad para determinar responsabilidades administrativas, civiles culposas e indicios de responsabilidad penal en relación con gestiones sujetas a control, donde dichos resultados se expresan en el informe de auditoría, que es el resultado de la investigación, estudio y análisis realizado por los auditores gubernamentales, esto conforme el artículo 26 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (LOCGE) que manda que:

En sus diferentes clases y modalidades, tendrán el contenido que establezcan las normas de auditoría y más regulaciones de esta Ley, incluyendo la opinión de los auditores, cuando corresponda, y la referencia al período examinado. Estos informes serán tramitados desde la emisión de la orden de trabajo de la auditoría, hasta la aprobación del informe en el término máximo de ciento ochenta días improrrogables. Los informes, luego de suscritos por el director de la unidad administrativa pertinente, serán aprobados por el Contralor General o su delegado en el término máximo de treinta días improrrogables y serán enviados a las máximas autoridades de las instituciones del Estado examinadas de manera inmediata. (LOCGE, 2002)

De esto, Chávez (2016) destaca que uno de los deberes de la CGE es emitir informes con indicios de responsabilidad penal (IRP), que es un requisito de procedibilidad exigido para el

inicio del proceso penal por delito de peculado, conforme el artículo 65 LOCGE, y cuyos resultados son puestos en conocimiento de la Fiscalía General del Estado (FGE) para que se impulse el proceso penal y se obtenga una decisión judicial condenatoria que reprima estas conductas nocivas. De este modo, FGE puede resolver el inicio del proceso penal sobre la base del artículo 591 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), solicitando al juez, de ser necesarias, medidas cautelares (personales o reales) en defensa de los intereses del Estado. No obstante, conforme los artículos 5, 14, 18, 24 y 65 LOCGE, el IRP puede discutirse en sede administrativa ante la CGE y luego judicialmente en el Tribunal de lo Contencioso administrativo, pudiendo ser anulado ya sea por incumplimiento de requisitos de fondo propios o por inobservancia de las garantías del debido proceso.

Sobre la dañosidad derivada del peculado, este fenómeno ha sido cuantificado durante los últimos nueve años, habiéndose precisado que el Estado ecuatoriano ha sido perjudicado por más de 80 millones de dólares. La estadística de FGE (a 2017) registra un total de 1,239 IRP, de los cuales 67.31% se encuentran en proceso judicial en diversas etapas. Conforme la estadística de CGE, 2015, este órgano de control efectuó 3,235 informes de auditoría, de los cuales solo se tiene 314 IRP, los mismos que conforme el diario El Telégrafo, son monitoreados en tiempos real por FGE (Telegrafo, 2016), esto para medir la distancia que existe entre el IRP, la judicialización de casos y la obtención de sentencias condenatorias.

Otra fuente de judicialización proviene de un significativo número de denuncias en contra de dignatarios y servidores públicos por el uso indebido de los recursos públicos, conductas que también afectan la eficiencia de la administración pública, y se encuentran tipificados bajo la codificación de: (a) Peculado (art. 278 COIP), (b) Enriquecimiento ilícito (art. 279 COIP), (c) Cohecho (art. 280), (d) Concusión (art. 281 COIP) (e) Tráfico de influencias (art.285 COIP).

De estos tipos penales, la dañosidad más significativa que deviene del delito de peculado considerándose que durante los últimos años se han emitido por CGE 1,239 IRP que son noticia de delito ahora en trámite en FGE (Telégrafo, 2016).

El peculado anteriormente se encontraba tipificado en el artículo 257 del Código Penal (CP), en tanto que el enriquecimiento ilícito se encontraba descrito y punido en el artículo 296 CP, conductas que hoy se tienen en los artículos 278 y 279 COIP que describen la actuación del servidor público encargado de fondos públicos, ya sea que se distraiga en beneficio propio o de terceros, bien sea por abuso, distracción o apropiación, y que provoca una pena privativa de libertad de diez a trece años a diferencia del CP que sancionaba con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años.

El enriquecimiento ilícito y el peculado se fundamentan conforme, Abello (2015) en la “calidad del servidor público y la relación funcional que debe existir entre autor y el bien protegido” (p. 27). Así, Villagómez y Ponce (2015) han destacado que el servidor público, por su condición funcional exige fidelidad de cumplimiento en el rol a éste asignado desde el marco normativo que delinea el ámbito de su accionar.

Desde la perspectiva práctica, con el propósito de entender cómo el IRP emitido por la CGE incide en la decisión judicial, en calidad de prueba, se ha considerado el estudio de caso múltiple, siendo éstos: (a) proceso penal No. 17721-2012-1183 (Ministerio de Salud Cotacollao) y (b) proceso penal No. 17721-2009-1279^a (Ministerio del Deporte). En un primer momento se establecerá la forma en que el IRP ha sido elaborado por el equipo de auditoría de CGE encargado de realizar el examen especial. Luego, se establecerá en qué medida el IRP es determinante como prueba dentro del proceso penal.

Revisión de la Literatura

Desde el punto de vista filosófico, la presente investigación se fundamenta en la teoría del racionalismo y la teoría del conocimiento. Teorías que permiten llegar a la verdad a través del pensamiento y la razón, reflexionando doctrinas, teorías, informes y preceptos legales a fin de llegar a un nuevo conocimiento del problema investigado (Chávez, 2016).

En este orden de ideas, el control (auditoría) y los resultados que se expresan en los IRP, se han convertido en la pieza fundamental dentro de toda organización para dirigir esfuerzos y recursos, es por ello que el proceso de auditoría de antecedente remoto se inicia en Reino Unido en concreto en Great Western Railway en donde por primera vez se permite que exista una revisión a las cuentas y estados financieros, inclusive ya se veía la necesidad de contar con una persona encargada exclusivamente al control de las cuentas. Es por ello que, durante la revolución industrial al darse el aumento de las empresas manufactureras cada vez se iba presentando errores, y frente a ellos se destaca la actividad de los auditores que se centran en la detección y corrección de tales errores. Esta visión del error y su tratamiento llegan a Ecuador el 2 de diciembre del 1927 como consecuencia del asesoramiento prestado por la Misión Kemmerer que ha sido sustancial para la creación de la organización estatal y en específico del valor y trascendencia de los órganos de control, en particular de la CGE.

Desde ese entonces el control privado y público ha tomado fuerza a nivel de Estado y empresarial, permitiendo detectar errores y establecer el esfuerzo, dinero y tiempo dedicado a la obtención de objetivos. La importancia del control dentro de la estructura del Estado es gravitante para la consolidación del modelo de Estado constitucional de derechos y justicia. En este sentido, a partir de la CRE (2008), el Ecuador, apartándose del modelo clásico de Estado, optó por cinco poderes del Estado, habiéndose añadido la función electoral y la de Transparencia

y Control Social. De este modo, la función de control se ha constitucionalizado, lo que conforme Abello (2010) radica en que “El ejercicio de una función pública no puede ejercerse sin que medie autorización de la Constitución, la Ley, reglamento o convenio” siendo que la gestión pública versa sobre la administración del recurso público que es definido por el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (LOCGE). De aquí que Abello (2017) dejó sentado además que “los deberes que deben cumplir los funcionarios públicos, de conformidad con la Constitución, la ley y los reglamentos, también pueden ser redistribuidos a través de los fenómenos de la delegación, desconcentración y la descentralización” dándose lugar a un peculado por comisión u omisión, además Hernández (2018) agregó que “La corrupción en el ámbito administrativo es toda violación o acto desviado, de cualquier naturaleza, con fines económicos o no, ocasionada por la acción u omisión de los deberes institucionales, de quien debía procurar la realización de los fines de la administración pública” (p.112), consideración que se encuentra enmarcada en el contexto normativo de los artículos 211 y 212 CRE, LOCGE 14, 18 y 65, COIP, CP, lo que ha sido materia de juzgamiento por la Corte Nacional de Justicia en relación con el delito de peculado.

Desde esta perspectiva, Mañalich (2012) sobre la teoría analítica de la norma calificó a la malversación como una infracción del deber del funcionario público, lo que inicialmente fue entendido como una afectación a la administración pública a través de una desleal o la mala inversión del recurso público lo que bajo las enmiendas constitucionales publicadas en el Registro Oficial No. 653, de 21 de diciembre de 2015, por las que se reforma el artículo 211 CRE, al suprimirse la frase: “y la consecución de los objetivos de las instituciones del Estado”, recortó las facultades de la CGE, que quedó definida como: “un organismo técnico encargado del control de la utilización de los recursos estatales, y de las personas jurídicas de derecho privado

que dispongan de recursos públicos”. Por tanto, la CGE, ya no puede a través de sus exámenes calificar la razonabilidad del gasto de los recursos públicos y la malversación que ya no genera IRP sino responsabilidad tan solo de orden administrativo y civil, más no penal, conforme el artículo 112 CRE.

Más allá de esta reforma de orden constitucional sobre las facultades de la CGE, se ha de considerar que el IRP, es el producto final del proceso de auditoría, que se expresa a través de un documento, cuyos resultados y conclusiones deben ser comunicadas a los servidores públicos relacionados con el objeto del examen, esto para que puedan controvertirlo ante la CGE y aún en sede judicial ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

El IRP establece desde la perspectiva de la CGE, la ocurrencia de un presunto delito de peculado (cohecho, concusión o enriquecimiento ilícito) y la presunta responsabilidad de uno o varios servidores públicos. Es por esto que, la responsabilidad según Vásquez (2000) “es el conjunto de actuaciones materiales y jurídicas que adelantan las Contralorías con el fin de determinar la responsabilidad que les corresponde a los servidores públicos y particulares, por la administración o manejo irregular de los dineros o bienes públicos”.

En el manejo de los recursos públicos opera inicialmente una presunción de legitimidad de las actuaciones de los servidores públicos quienes además desde lo constitucional cuentan con la presunción de inocencia, garantizada en el art. 76.2 CRE, con lo que corresponde a CGE desvanecer tal presunción al efectuar el examen respectivo, y luego la presunción (estado) de inocencia debe enervarse dentro de un proceso penal con prueba suficiente e idónea.

En este sentido, el art. 29 LOGCE dispone que: “A base de resultados de la auditoría gubernamental contenidos en actas o informes, la CGE, tendrá potestad exclusiva para

determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal”.

El IRP es la resultante de un examen por el órgano de control (CGE) sobre la actuación del servidor público en relación con el manejo de los bienes y fondos estatales, de donde se deriva consecuencias que, superándose el efecto civil y administrativo, promueve la discusión de la responsabilidad penal del funcionario en sede judicial.

Desde la perspectiva judicial, el IRP constituye conforme el inciso final del artículo 580 COIP un requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal por delito de peculado. De forma que, sin este requisito no es viable el inicio del proceso penal. Sin embargo, la naturaleza del IRP va más allá de ser un requisito de procedibilidad al constituir medio de prueba en el proceso penal, que conforme el artículo 498 COIP, puede ingresar al proceso como prueba pericial cuando declara en juicio el funcionario de CGE que lo realizó, o bien como prueba documental sobre la cual declara el testigo.

Bajo esta consideración, el IRP da inicio al proceso penal por peculado y más tarde funciona como medio de prueba (pericial, testimonial) que sirve para que el órgano jurisdiccional decida la causa declarando la existencia del delito y la responsabilidad penal del servidor público encargado de causales estatales (García, 2005).

De ahí que, Villagómez y Ponce (2015) indicaron que “corresponde a la Fiscalía General del Estado, por el *onus probandi*, enervar la presunción (estado) de inocencia del ciudadano, servidor público, y la legitimidad de sus actuaciones en el desempeño de la función pública para fines de la configuración del delito de peculado” (p. 32), además resaltaron que:

[...] el informe con indicios de responsabilidad penal, emitido por la Contraloría General del Estado, tiene dos características a saber:

- i. Constituye inicialmente requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal por peculado, como así quedó sentado a partir de la resolución de aplicación obligatoria dictada por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia (Resolución de 24 de febrero de 2010, publicada en el Registro Oficial 154 e 19 de marzo de 2010) y replicado en el inciso final del artículo 581 COIP [...]
- ii. Luego, este informe puede introducirse en etapa de juicio como prueba documental y través de los testimonios de las personas que integraron el equipo de auditoría y emiten las conclusiones de tal informe. Esta prueba por su contenido, puede servir para determinar: a) la existencia del delito; b) la responsabilidad penal; y, c) el quantum de la reparación. (p.34)

Desde lo conceptual, el peculado es la apropiación de caudales estatales por servidor público encargado de su custodia. Este delito es una forma de corrupción, porque provoca el desmedro de fondos y bienes estatales para beneficio del custodio o de terceros, lo que conlleva el quebrantamiento de la confianza del funcionario y el detrimento patrimonial, lo que es conforme con lo expresado por Guillermo Cabanellas, quien sostiene que el peculado es la “Sustracción, apropiación o aplicación indebida de los fondos públicos por aquel a quien está confiada su custodia o administración. En la actualidad, este delito se denomina malversación de caudales públicos” (2006).

Este aporte dogmático ha sido recogido en el artículo 278 COIP, cuando se establece que el peculado se perpetra por los servidores públicos quienes desarrollan una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la CRE, ya sea en beneficio propio o de terceros; mediante abuso, apropiación, distracción o disposición arbitraria de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén

en su poder en virtud o razón de su cargo, en cuya infracción da lugar a una consecuencia consistente en pena privativa de libertad de diez a trece años.

El peculado es tan antiguo como la república, ya en el CP de 1837, se introdujo por Vicente Rocafuerte este tipo penal, bajo la consideración por la que: “Una Nación que se encuentra servida por malos ciudadanos está condenada a la disolución. La Ley debe de reprimir estrictamente a la persona que por enriquecerse defrauda el interés nacional, especula con caudales públicos” (Estarellas, 2017).

En la actualidad, el peculado ha adquirido mayor relevancia dado el flujo de información en la aldea global, convirtiéndose en un tema de influencia regional y mundial frente a la cual los Estados han emprendido iniciativas en contra de la corrupción que es un azote en contra de la sociedad.

En ésta línea de investigación, Villagómez y Ponce (2017) indicaron que:

La malversación de fondos, con respecto a la nocividad, infringe los derechos civiles públicos y Cumplimiento de fidelidad por parte del custodio de los activos del Estado. La culpa de los presuntos autores deben ser probados en el juicio, tanto sus elementos constitutivos, como la responsabilidad penal y sus efectos nocivos que se expresan materialmente en el monto de la afectación presupuestaria. El daño infringido se verifica inicialmente en el año financiero de la ocurrencia del crimen, y luego en términos de los proyectos que no pueden llevarse a cabo durante tanto tiempo ya que cualquiera de los siguientes no está hecho: a) el pago de la compensación; o, b) la reprogramación y reasignación de fondos. Por lo tanto, la malversación tiene un efecto de bola de nieve que debe considerarse en la evaluación del daño. (pág. 17)

Aquí, se evidencia una generalización analítica en que, frente a la existencia del delito de peculado, se suscita *el efecto bola de nieve*, que acarrea la afectación presupuestaria en negativo y con ello la (subsecuente) violación de derechos.

En Ecuador, los casos de peculado son cada vez más frecuentes e involucran a personajes de relevancia política. Así, la Corte Nacional de Justicia al momento de juzgar al Ingeniero Jorge Glas Espinel (Vicepresidente), cuando ejerció la función de Ministro Coordinador de los Sectores Estratégicos, en relación con el entramado de corrupción de Odebrecht, fue condenado a pena privativa de libertad de seis años por el delito de asociación ilícita, habiéndose dispuesto su procesamiento penal por otros delitos conexos como el de peculado, concusión, cohecho y enriquecimiento ilícito. Disposición judicial que debe contar con el requisito de procedibilidad consistente en el IRP en que se establecerá el período de examen objeto de análisis por la CGE, que luego posibilite los procesos penales correspondientes. Este caso, por su trascendencia, ha planteado la necesidad del IRP como requisito de procedibilidad para perseguir los delitos de peculado, dado que en ausencia de este no es posible la persecución penal aún en condiciones de delito flagrante.

Un aspecto que merece especial consideración en relación con el delito de peculado es el relacionado con la participación penal dado que, es característico que el agente de esta conducta sea un funcionario público que configura lo que se denomina peculado propio. En tanto que, la participación de quienes no son funcionarios públicos, da lugar a peculado impropio. De lo cual, no puede haber peculado impropio sin que exista el propio, es decir cuando menos un servidor público que haya afectado la fidelidad de cumplimiento en la custodia de caudales públicos. En este sentido, el artículo 233 CRE, es categórico cuando extiende la responsabilidad penal por peculado no solo al funcionario público sino a terceros, al determinar inicialmente 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” y concluir luego que: “Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas” (CRE, 2008).

Así, la discusión sobre la responsabilidad penal en el peculado, desde el análisis dogmático, obliga a criterio de Abello (2015) a diferenciar entre autoría y participación, siendo que la autoría obedece a quien realiza de modo principal la acción dañosa, mientras que el partícipe actúa de modo secundario en la ejecución del delito. Esta diferenciación doctrinal, se resuelve en el plano normativo a partir de la autoría descrita en el artículo 42 COIP (ex art. 42 CP), bajo las formas de: autoría mediata, directa y coautoría; y, la complicidad prevista en el artículo 43 COIP (ex art. 43 CP). A nivel jurisprudencial, la tendencia de la Corte Nacional de Justicia, ha sido la de declarar autoría tanto para el servidor público (quien comete peculado propio) como para el no funcionario público (quien incurre en peculado impropio), de lo cual la participación penal de estos dos se resuelve con la misma medida de punición.

Aplicación Metodológica

La metodología es “un conjunto de aspectos operativos indispensables en la realización de un estudio” (Bernal, 2010), bajo esta consideración el trabajo empleó como enfoque metodológico de corte cualitativo respondiendo al objetivo planteado, siendo que no este no es medir sino a cualificar y describir el fenómeno sujeto a estudio, entendiendo la situación como un todo. Para este fin, Yin (2011) definió técnicamente al estudio de caso como: “una pregunta empírica que investiga un fenómeno contemporáneo dentro de su contexto de vida real, sobre

todo cuando los límites entre el fenómeno y contexto no son claramente evidentes” (p. 9), bajo esta lógica “los casos deben servir de una manera similar a los experimentos múltiples, con resultados similares o los resultados contrastantes pronosticados explícitamente al comienzo de la investigación” (p. 34). En este orden, la información recolectada de la literatura, norma y de los procesos judiciales, fue analizada bajo el esquema de códigos y categorías, determinando la trascendencia de los informes de auditoría emitidos por la CGE en la decisión judicial. La técnica aplicada para la recolección de data secundaria fue el Análisis Documental, teniendo como instrumento los memos como un medio para destacar, información relevante; luego para la recolección de la data primaria se utilizó como herramienta la entrevista al experto en el campo de la auditoría gubernamental y la decisión judicial, para evidenciar lo expuesto en las proposiciones en contraste con las características de los procesos penales, teniendo como unidades de análisis los casos: (1) Proceso Penal No. 17721-2012-1183 (Ministerio de Salud Cotocollao); y, (2) Proceso Penal No. 17721-2009-1279A (Ministerio del Deporte), siendo que los dos corresponden a entidades de la función ejecutiva y por ende corresponden al Presupuesto General del Estado, dentro de la estructura del Sistema Nacional de Finanzas Públicas, como puede apreciarse en la Figura 1.

Bajo esta consideración, para la selección de casos se consideró lo acontecido en varios ministerios (integrantes de la función ejecutiva), siendo que estos se encuentran dentro del Presupuesto General del Estado, sobre esta base se obtuvieron procesos penales que han sido juzgados con el Código de Procedimiento Penal y que actualmente tiene carácter de *cosa juzgada*, por no estar pendiente de recurso judicial, encontrándose bajo estas condiciones los procesos penales 17721-2012-1183 y 7721-2009-1279A que son objeto de investigación para el establecimiento de las proposiciones planteadas.

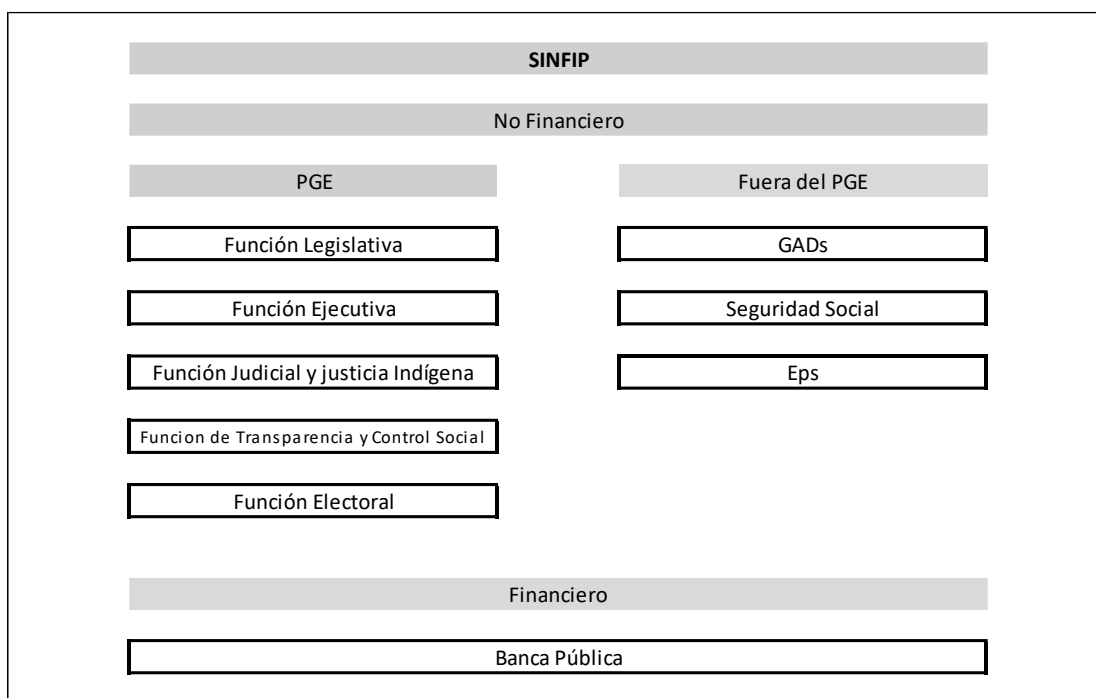


Figura 1. Estructura del Sistema Nacional de Finanzas Públicas. Adaptado de: artículos 225, 297 y 315 de la Constitución de la República del Ecuador. Publicada mediante Registro Oficial No.449 de 20 de Octubre de 2008

En cuanto al modelo teórico aplicado, este es el precisado por Rule y John (2015) quienes establecieron la necesidad de la relación dialógica-multidireccional, en relación a la naturaleza, propósito y contexto; ejemplificado en la Figura 2.

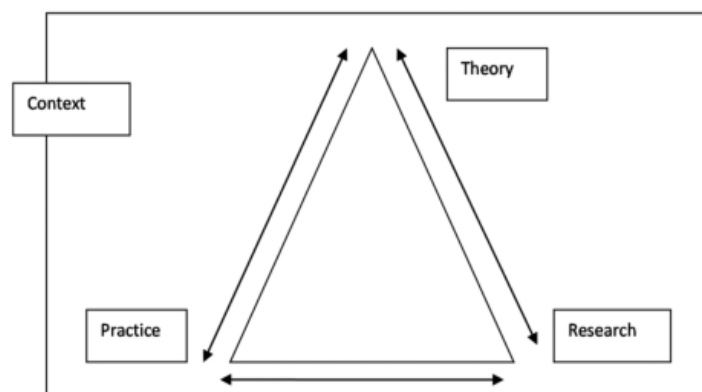


Figura 2. Modelo de Estudio. Tomado de: Rule y John (2015). A necessary dialogue: Theory in case study research. *International Journal of Qualitative Methods*.

Proposiciones

De las definiciones establecidas en la revisión de la literatura aplicada a los casos conforme el contexto de estudio, se aplica el modelo de Rule y Jhon (2015), y sobre la base de la teoría, investigación y la práctica, se analiza la trascendencia de los IRP emitidos por CGE en la decisión judicial. Por lo tanto, las proposiciones establecidas sobre el modelo aplicado son las siguientes:

Propuesta 1

La importancia del control dentro de la estructura del Estado no puede ejercerse sin que tal actividad no sea conforme las normas previstas en la Constitución y las leyes. De ahí que, la gestión pública versa sobre la eficiente administración del recurso estatal. En consecuencia, el IRP determinado por la auditoría gubernamental ante el desvío de los recursos públicos por acción (u omisión) de sus custodios constituye inicialmente requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal por peculado.

Propuesta 2

La apropiación de caudales estatales por el servidor público encargado de su custodia provoca el desmedro de fondos y bienes estatales para beneficio del custodio o de terceros, siendo infracciones al deber (función) del servidor público. Por tanto, la entidad encargada del control debe calificar la razonabilidad y la ejecución del gasto, generando responsabilidades de orden administrativo, civil y/o penal.

Propuesta 3

La consumación del delito de peculado da lugar a una consecuencia consistente (actualmente) en la imposición de pena privativa de libertad de diez a trece años, distinguiéndose que el agente es un funcionario público, lo que configura el denominado peculado propio. En tanto que, la eventual participación de terceros, da lugar a peculado impropio, diferenciándose también en la perpetración del delito entre autoría y complicidad, de lo cual la participación penal de estos dos se resuelve con diferente medida de punición, conforme lo actos ejecutados y la concurrencia de circunstancias agravantes y/o atenuantes.

Análisis y Discusión

Esta investigación destaca la importancia de las auditorías gubernamentales realizadas a las Instituciones del Estado y la trascendencia de los IRP emitidos por CGE y que luego son base de la decisión judicial, siendo este el tema principal de la investigación. La Figura 3 resume la trascendencia del IRP.

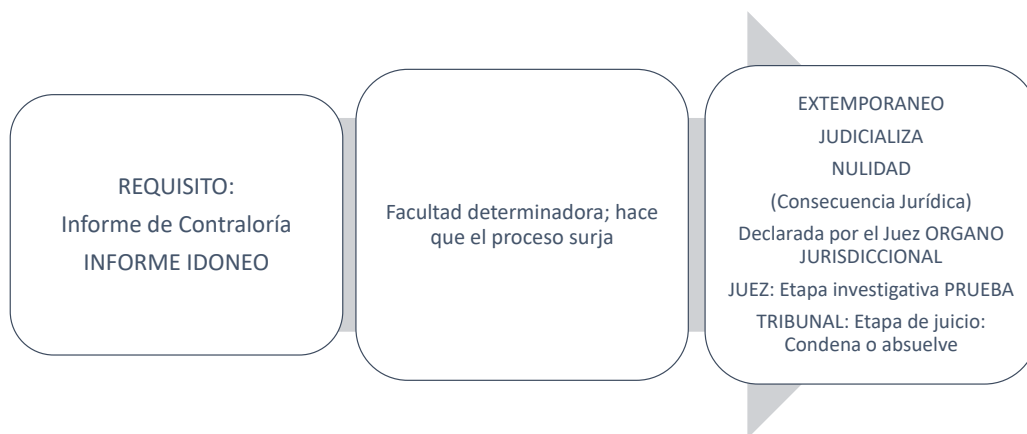


Figura 3. Trascendencia del IRP

En los últimos años en el Ecuador se han registrado un sinnúmero de delitos en relación con el desvío de fondos públicos a diferentes cuentas bancarias en beneficio de servidores públicos y terceros. En los casos objeto de estudio se analiza el contenido e influencia de los IRP, así: (1) proceso penal No. 17721-2012-1183¹ donde se realizó un desvío de recursos económicos del Estado destinados al Ministerio de Salud Pública para cubrir las necesidades presupuestadas que no se ejecutaron por cuanto los custodios del recurso de la entidad, utilizaron el sistema de pagos eSIGEF, en diferentes días, meses y años para realizar transferencias bancarias (no autorizadas) a diferentes personas entre ellos familiares para beneficiarse dolosamente de estos caudales; y, (2) proceso penal No.17721-2009-1279A² en que se analiza el contenido del IRP referente a la ejecución de obras en el Complejo Deportivo, ubicado en la

¹ Ecuador. Corte Nacional de Justicia. Proceso penal No. 17721-2012-1183 seguido por delito de peculado en perjuicio del Ministerio de Salud Pública (Cotocollao).

² Ecuador. Corte Nacional de Justicia. Proceso penal No. 17721-2009-1279A seguido por delito de peculado en perjuicio del Ministerio del Deporte.

población de Carpuela, Imbabura, en el cual se han suscrito por el Ministerio del Deporte 28 contratos con diferentes personas (naturales y jurídicas), de los cuales doce se han subdividido en otros contratos incumpléndose los artículos: 52.1 y 64 de la Ley de Contratación Pública, siendo que dichos (sub) contratos fueron efectuados bajo la figura de convenios de cooperación interinstitucional, sin contar con la unidad ejecutora específica del proyecto, ni planificación adecuada para la ejecución, en ausencia de documentación de respaldo y registros necesarios que permitan establecer los valores reales y totales de la obra. La tabla 1 resume comparativamente los casos, que evidencian el perjuicio económico al Estado en el orden de 3'400,000.00 y 92,536.12, respectivamente. Luego de la realización de los procesos penales, los acusados que fueron declarados judicialmente responsables de los hechos, fueron condenados por el delito de peculado, que se originó a partir del IRP que constituye el producto de los hallazgos encontrados por CGE, en donde se establece la infracción de funciones de los servidores públicos y la afectación económica ocasionada al Estado, que en ambos casos perjudica la planificación y la ejecución presupuestaria.

Tabla 1. Análisis comparativo entre casos

Datos	PP. 17721-2012-1183	PP. 7721-2009-1279*
Delito	Peculado	Peculado
Inicia	Denuncia mediante informe con indicios de responsabilidad penal.	Denuncia mediante informe con indicios de responsabilidad penal.
Tipo de Auditoria	Examen Especial de remuneraciones	Examen Especial de ingeniería
Quien realizo la auditoria	Auditoria Interna	Auditoria Externa
Delito	Anomalías en el rubro Transferencias de valores económicos, en especial en el pago de remuneraciones, detectando que el comprobante único de registro (CUR) en el que constaba con valores significativos que fueron transferidos desde la cuenta del Tesoro Nacional a diversas cuentas personales	Anomalías en los contratos suscritos para la ejecución de obras en el Complejo Deportivo, para lo cual se han suscrito veinte y ocho contratos con diferentes contratistas de los cuales también se subdividieron en otros contratos encubriéndolos con la figura de convenios de cooperación y además no ha presentado documentación detallada que respalde dicho gasto y permita conocer el valor real de la obra.
Tipo de fuero	Fuero común.	Fuero de Corte.
Sentencia Corte Nacional de Justicia	Reclusión menor ordinaria de 5 años, cuatro millones de dólares por daños y perjuicios y ciento cincuenta mil dólares por costas procesales	Prisión de 5 años

Nota. Adaptado de: PP N°17721-2012-1183 y PP N°17721-2009-1279A.

Entonces la persecución judicial del delito de peculado está condicionada a la facultad determinadora de CGE. La Tabla 2 explic la trascendencia del IRP en la decisión judicial a partir de los casos analizados.

Tabla 2. Trascendencia del IRP en la decisión judicial

Proceso Penal	Hechos	IRP	Decisión Judicial
17721-2012-1183		Vincula al Contador y a la Tesorera de la entidad, por lo que no tienen registro de indicios de responsabilidad penal la Directora Financiera ni la Directora del Subcentro de Salud.	Culpables: Contador (autor) : 8 años, Pagadora (cómplice): 3.5 años y Conviviente del Contador (cómplice): 3.5 años Inocentes: Directora Financiera y Directora del Subcentro (requisito de procedibilidad no cumplido para el procesamiento penal)
7721-2009-1279 ^a	División de los contratos, en lugar de contratarse por obras completas, objetividad justificada con la prueba actuada oportuna y legalmente; actuaciones en las cuales intervinieron simultáneamente los procesados. El monto de los contratos llega al valor de USD 297.492,44, lo que no alcanza el valor para concurso público de ofertas, que en el año 2008, se fijó en US 316 359,08. CONCLUSIÓN GENERAL. Conforme a lo expresado y los anexos adjuntos, se determina indicios de responsabilidad penal por el presunto delito establecido en el tercer artículo innumerado agregado a continuación del artículo 257 del Código Penal.	DIAPA-001-2009, en ese examen practicado por la Contraloría, se realizó un estudio de los contratos realizados por el Ministerio de Deportes (sic) y la Secretaría Nacional de Cultura Física y Recreación, correspondiente a los años 2006, 2007 y 2008, incluyendo en estos proyectos varios trabajos en el complejo deportivo, el informe DIAPA dice que en 6 de estos contratos se evidenció que hubo subdivisión de contratos, esta subdivisión ocurrió porque se inobservó el procedimiento precontractual previsto en el capítulo 2 la Codificación de la Ley de Contratación Pública	Responsabilidad del acusado a quien se le impone en calidad de autor, la pena privativa de libertad de cinco años, al pago de noventa y dos mil quinientos treinta y seis dólares de los Estados Unidos de América con doce centavos, por concepto de indemnización de daños y perjuicios, por considerarlos autores del delito tipificado y sancionado en el cuarto artículo innumerado agregado a continuación del artículo 257 del Código Penal ultractivo, infracción que con el nuevo ordenamiento sustantivo penal no ha sido descriminalizada. Inconformes con esta decisión, tanto la Fiscalía General del Estado, así como el Ministerio del Deporte, presentaron recursos de apelación de la sentencia condenatoria de primer nivel. Situación similar ocurrió con los procesados, quienes, en el caso de Fernando Moreno Viana y Patricio Sánchez Torres interpusieron recursos de apelación, mientras que, Raúl Carrión Fiallos propuso recursos de nulidad y apelación.

Nota. Adaptado de: Procesos penales No. 17721-2012-1183 y 7721-2009-1279A

De lo analizado, en los casos objeto de investigación se demuestra en P_1 la relación entre el IRP determinado por la auditoría gubernamental ante el desvío de los recursos públicos por acción (u omisión) de sus custodios y el ejercicio de la acción penal por peculado,

constituyéndose inicialmente como requisito de procedibilidad para la realización del proceso penal, lo que se muestra en la Tabla 3.

Tabla 3. Proposición 1

Característica	<i>PP 17721-2012-1183</i>	<i>PP 17721-2009-1279A</i>
La importancia del control dentro de la estructura del Estado no puede ejercerse sin que medie autorización de las normas previstas en la Constitución y las leyes	√	√
La gestión pública versa sobre la eficiente administración del recurso público	√	√
El IRP determinado por la auditoría gubernamental ante el desvío de los recursos públicos por acción u omisión de sus custodios constituye inicialmente requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal por peculado	√	√

Del estudio de estos casos, se demuestra en P₂ la relación existente entre la facultad de CGE para calificar la razonabilidad y la ejecución del gasto y con ello la determinación de responsabilidades de orden administrativo, civil y/o penal, lo que se muestra en la Tabla 4.

Tabla 4. Proposición 2

Característica	PP 17721-2012-1183	PP 17721-2009-1279 ^a
La apropiación de caudales estatales por el servidor público encargado de su custodia provoca el desmedro de fondos y bienes estatales para beneficio del custodio o de terceros, siendo infracciones del deber del funcionario público	√	√
La entidad encargada del control debe calificar la razonabilidad y la ejecución del gasto, generando responsabilidades de orden administrativo, civil y penal.	√	√

Del análisis de casos, se demuestra en P₃ la relación existente entre el agente del delito, que, al ser calificado por tratarse de un funcionario público, da lugar a peculado propio; en tanto que, la (eventual) participación de terceros da lugar a peculado impropio, diferenciándose también entre autoría y complicidad, y la medida dosificada de la pena, lo que se expresa en la Tabla 5.

Tabla 5. Evidencia de la proposición 3

Característica	PP 17721-2012-1183	PP 17721-2009-1279 ^a
La infracción da lugar a una consecuencia consistente en pena privativa de libertad de ocho a doce años, que en consideración con el delito de peculado es el relacionado con la participación penal	√	√
El agente sea un funcionario público configura lo que se denomina peculado propio. En tanto que, la participación de quienes no son funcionarios públicos, da lugar a peculado impropio, diferenciando entre autoría y participación.	√	√
La participación penal de los implicados se resuelve con la misma medida de punición.	X	√

Lecciones Aprendidas

A partir de los casos estudiados se tienen como conclusiones las siguientes lecciones aprendidas:

El IRP que es el producto de la auditoría gubernamental (CGE) ante el desvío de los recursos públicos por acción (u omisión) de sus custodios, constituye inicialmente un requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal por peculado.

La entidad encargada del control gubernamental (CGE) debe calificar la razonabilidad y la ejecución del gasto, lo que luego se expresa en la determinación de responsabilidades de orden administrativo, civil y/o penal.

Para la consumación del delito de peculado es indispensable que concurra la participación de un funcionario público, requisito que configura el denominado peculado propio. En tanto que, la eventual participación de terceros, da lugar a peculado impropio. En relación con la responsabilidad penal se diferencia entre autoría y complicidad, con medida de pena dosificada, a lo que se debe también añadir que la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes puede aumentar o disminuir la medida de la pena entre acusados.

Referencias

- Abello, J. (2010). El abuse de confianza y el peculado en la responsabilidad penal empresarial: La responsabilidad penal por administración de fondos parafiscales en las E.P.S. en Colombia. *13(26)*, 267-284.
- Abello, J. (2015). embezzlement functional relationship perpetration and participation public servant. *Revista de Derecho Público*, 3-29.
- Abello, J. (2017). El peculado por comision por omisión en Colombia. (45), 157-192.
- Bernal, C. (2010). *Metodología de la Investigacion*. Bogota: Pearson Educación.
- Cabanellas, G. (2006). *Diccionario Juridico Elemental*. Editorial Heliasta.
- Cartolin, C. (2011). *Cybertesis*. Obtenido de http://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/cybertesis/3344/1/Cartolin_pc.pdf
- Chavez, P. (2016). *Dspace unach*. Obtenido de <http://dspace.unach.edu.ec/bitstream/51000/3335/1/UNACH-EC-FCP-DER-2017-0001.pdf>
- COIP. (2014). *Ministerio de Justicia*. Obtenido de http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/2014/05/c%C3%B3digo_org%C3%A1nico_integral_penal_-_coip_ed._sdn-mjdhc.pdf
- CRE. (2008). *Constitucion de la Republica del Ecuador 2008*. Registro Oficial # 449.
- Estarellas, C. (13 de Febrero de 2017). *Desde mi trinchera*. Obtenido de <http://www.desdemitrinchera.com/2017/02/13/el-peculado-en-el-ecuador/>
- Garcia, J. (24 de 11 de 2005). *Derecho Ecuador*. Obtenido de <https://www.derechoecuador.com/queacutec-es-el-peculado-y-cuales-son-los-sujetos-activos-de-este-delito>

- Hernández, J. (2018). La anticorrupción en Colombia, el agente encubierto y la función de inteligencia. *Prolegómenos Derechos y Valores*, 21(41), 99-114.
- King, R. (24 de Marzo de 2017). *Universidad San Francisco de Quito USFQ*. Obtenido de <http://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/6473/1/131768.pdf>
- LOCGE. (2002). *Ley Organica de la contraloria General del Estado*. Registro Oficial Suplemento 595 de 12-jun.-2002.
- Malet, V. M. (1998). La Corrupcion y su alcance. *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad de la República Uruguay*, 1.
- Mañalich, J. (2012). La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales. 7(14), 357 - 377.
- Melo, J. (Octubre de 2011). *Dspace utpl*. Obtenido de http://dspace.utpl.edu.ec/bitstream/123456789/2329/3/UTPL_Judith_Elena_Melo_Galarraga_350X300.pdf
- Monroy, D. (17 de Agosto de 2017). *Teleamazonas*. Obtenido de <http://www.teleamazonas.com/2017/08/ecuador-esta-tercer-lugar-los-paises-mas-corruptos/>
- Paredes, C. (2009). *REpositorio Univerdidad Andina Simon Bolivar*. Obtenido de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/699/1/T755-MDP-Paredes-El%20delito%20de%20peculado.pdf>
- Paredes, C. (s de 2009). *Repositorio Universidad Andina Simón Bolívar*.
- Polit, C. (2011). *Auditoria Gubernamental*. Quito.
- Rule, P., & John, V. (2015). A necessary dialogue: Theory in case study research. *International Journal of Qualitative Methods*, 1-11.

- Telegrafo. (21 de Marzo de 2016). Obtenido de <http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/judicial/13/los-casos-de-peculado-son-seguidos-en-tiempo-real-por-la-fiscalia>
- Ustyanowski, T. (2018). *Noticias del mundo 24 horas*. Obtenido de <http://www.france24.com/es/20180222-indice-corrupcion-america-latina-tranparencia>
- Vásquez, W. (2000). *Control Fiscal y Auditoria de Estado en Colombia*. Bogota: Fundacion Universidad de Bogota.
- Villagómez, R., & Ponce, A. (2017). Embezzlement, Budget Affection and Rights Infringement. En A. Espinosa, & R. Burbano, *The Solidarity Economics in Ecuador* (págs. 17-22). Cambridge: Cambridge Scholars Publishing .
- Villagómez, R., & Ponce, A. (2015). *El delito de peculado en el Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Zona G.
- Yin, R. (2011). *Investigacion sobre estudio de casos: Diseño y metodos*. Obtenido de <https://webmail.iaen.edu.ec/service/home/~/?auth=co&loc=es&id=433&part=2>