

**DERECHO CONSTITUCIONAL EN ECUADOR
Y ASPECTOS SOBRE LA CORRUPCIÓN DESDE LO PENAL**
*CONSTITUTIONAL LAW IN ECUADOR AND
SEMBLANCES ON THE CORRUPTION FROM PENAL'S VIEW*

RESUMEN

En este artículo se resume investigación asociada a las valoraciones desde el derecho penal a la corrupción. Es común conocer fenómenos de la corrupción a nivel mundial y la república del Ecuador no escapa a esta problemática. Son varias las contradicciones e interferencias que se manifiestan en la lucha contra la corrupción. En la actualidad en Ecuador, la Constitución delimita las funciones y atribuciones de varias instituciones que tienen el encargo de combatir la corrupción. El objetivo a lograr en esta investigación es identificar las potencialidades que desde el Derecho Penal y la Constitución ecuatoriana existen para combatir la corrupción en el país. La metodología científica investigativa parte del paradigma cualitativo, sustentado en métodos tales como análisis y síntesis bibliográficos, método de expertos e histórico lógico. Se concluye que subsisten conflictos y vacíos en la legislación ecuatoriana que ofrecen resquicios para la aparición y desarrollo de hechos de corrupción; es tarea de los profesionales del derecho rellenar estos resquicios.

Palabras clave: constitución; corrupción; delito; infracción; proceso penal.

ABSTRACT

The present article resumes the investigation associated to the assessments from the criminal law to corruption. It is common to know phenomena of the worldwide corruption and the Ecuador does not escape to this problems. Contradictions are varied and interferences that manifest themselves in the fight against corruption. At the present time in Ecuador, the Constitution delimits functions and attributions of several institutions that have the assignment of combating corruption. The objective to achieve in this investigation is identifying the potentialities that from Criminal Law and the Ecuadorian Constitution they exist to combat the corruption in the country. The scientific investigating methodology departs from the qualitative paradigm, held in methods such like analysis and synthesis bibliographic, method of experts and historic logician. One comes to an end that subsist conflicts and vacuums in the Ecuadorian legislation that offer chinks for the appearing and development of doings of corruption; it is task of the professionals of the right to refill these chinks.

Keywords: constitution; corruption; crime; infraction; penal process.



Rómulo Arteño Ramos

mrramos@unach.edu.ec

Universidad Nacional de Chimborazo, Ecuador

INTRODUCCIÓN

A partir del año 2008 con la vigencia de la nueva Constitución, el Ecuador da un giro trascendental en cuanto al reconocimiento de derechos a favor de las personas e instituciones. La Asamblea Constituyente reunida en Montecristi, elaboró la Constitución, por voluntad soberana del pueblo se le otorgó plenos poderes, los cuales fueron interpretados como la facultad de elaborar textos legales, con el fin de mantener en el control del Estado, designados por el gobierno Correísta, quienes presidieron la Asamblea Constituyente de ese entonces.

El estándar Constitucional 212 numeral 2 establece a la Contraloría General del Estado, le corresponde determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicio de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetos a su control, no obstante, esta materia sea propia de la Fiscalía General del Estado. Ello da lugar a la superposición de instituciones del estado, atenta contra el debido proceso, genera inseguridad pública y causa ineficiencia en la administración. Ello permite en este artículo abordar el término legal del Peculado como parte de la discusión de esta investigación.

Hasta la presente no hay una correcta interpretación del Peculado que se encuentra tipificado en el Código Orgánico Integral Penal, es una figura penal que sanciona la violación de la correcta marcha de la administración pública en su aspecto patrimonial por parte de un funcionario público. El legislador a través de la ley penal busca precautelar la funcionalidad de la administración pública vinculada a sus funcionarios, lo que implica que estén implícitos los objetivos y fines del Estado.

Las prácticas de corrupción y sus deplorables efectos sobre el ordenamiento jurídico,

el desempeño institucional y la moral pública, perjudican la estabilidad económica del país, y los responsables se respaldan en los vacíos legales o contradicciones de la legislación vigente, como por ejemplo la infracción que es cometida cuando el funcionario utiliza los dineros públicos, con fines ajenos al servicio público, la obra pública, la adquisición de bienes necesarios para la prestación de este servicio o la inversión estatal, sin que exista respaldo en una ley y en la partida presupuestaria correspondiente, con el objeto de favorecer a organismos privados.

Los medios de comunicación, dan cuenta de la corrupción de “cuello blanco”, en alusión a los funcionarios de las elevadas esferas del poder que hoy son lo común. Han sido denunciados funcionarios por sobrepagos al adquirir bienes, contratar servicios, tráfico de influencias para el otorgamiento de contratos a favor de amigos y/o parientes o participar en ilegal ejecución de obras.

Esta investigación es relevante a partir de lograr el objetivo de identificar las potencialidades que desde el Derecho Penal y la Constitución ecuatoriana existen para combatir la corrupción en el país, tema necesario de investigar y profundizar, donde los conflictos y vacíos existentes en la legislación ecuatoriana, proveen oportunidades para la aparición de hechos de corrupción.

METODOLOGÍA

En esta investigación, a tenor de Hernández, Fernández-Collado y Baptista (2010), resulta de corte exploratorio a partir de la búsqueda, identificación de la legislación penalista ecuatoriana, así como los criterios que aportan los hallazgos para desarrollar los supuestos y aseveraciones en calidad de hallazgos

descriptivos, caracterizando desde la visión sistémica - holística el estado de corrupción y la tendencia del derecho constitucional en el Ecuador a partir del conocimiento que se adquiere durante la investigación.

De los métodos de investigación científicos aplicados, son citados entre otros el método histórico-lógico, fundamentado en el conocimiento y caracterización, evolución del derecho constitucional. Además, se cita el método del análisis y la síntesis, asimilando, relacionando, analizando y estructurando de manera sintética la legislación ecuatoriana, falencias y propuestas de mejora relacionado con el método de consulta a expertos, logrando la organicidad y coherencia a la hora de validar los hallazgos, es que se consultan a expertos que provean del criterio de validez de la propuesta del conocimiento.

Han de citarse además el método de las contradicciones dialécticas, lo que permite descubrir la génesis del problema científico y los elementos conflictuales que en ellos se revelan, desmembrando los efectos y razones, así como del método sistémico, permitiendo enlazar, relacionar de manera interdisciplinaria los fenómenos de corrupción y falencias legislativas implícitos derecho constitucional ecuatoriano, adoptando las relaciones y prácticas dependientes entre estos.

De los pasos seguidos para arribar a este análisis, se estudiaron casos reales de estafa, corrupción y otras modalidades delictivas y la aplicación de la legislación vigente, además de consultas a expertos penalistas con experiencia en el tema que coinciden en la necesidad de investigar y abordar la problemática en el ámbito ecuatoriano.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

La Constitución de la República del Ecuador del 2008, en el Artículo 82 proclama el derecho a la seguridad jurídica, y expresa que se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, aplicadas por los jueces competentes.

El artículo 211 de la Constitución delega a la Contraloría General del Estado el control de los ingresos, gastos, inversión, utilización, administración y custodia de los bienes y recursos públicos, la práctica de auditorías de gestión a las entidades y organismos del sector público y a sus servidores, así como el control de los bienes, rentas u otras subvenciones de carácter público de que dispongan las entidades de derecho privado; además, tiene potestad exclusiva para determinar responsabilidades administrativas, civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, de conformidad con el Artículo 212 de la Constitución.

La Ley de Transparencia y Acceso a la Información en su esencia fue concebida para que sea accesible, transparente, de calidad para que el ciudadano común logre fácilmente orientar las capacidades propias y de esa manera, los datos obtenidos sean confiables para orientarse adecuadamente en la toma de decisiones; además de mejorar la opinión pública que contribuya en un mayor conocimiento en la lucha contra la corrupción nacional y regional. Es precisamente la relación entre la transparencia informativa legislativa y la adecuación a las contradicciones e interferencias que se manifiestan en la lucha el propósito de esta investigación.

Es la Constitución pues base, eje y centro del Sistema Procesal. Partiendo de que la Constitución es la ley fundamental y cimen-

tadora del ordenamiento jurídico, ella establece de manera inequívoca el más perfecto conocimiento de lo que realmente significa. Se puede decir que se apoya en varias columnas vertebrales como el valor inmenso de la justicia, la proporcionalidad de la igualdad, y la significación del precedente judicial. Hernández Gil expresa:

...que la persona es, fortuna el centro mismo de la Constitución. La justicia es el punto de referencia de cualquier otro valor en cuanto significa proporcionalidad, equilibrio, armonía y síntesis que son algunos de sus más importantes componentes. La igualdad es siempre igualdad relativa porque lo improcedentemente desigual exige un tratamiento corrector.... (1971:177)

Asimismo, Sánchez de la Torre opina que:

...hace posible la existencia de los procesos sociales estableciendo criterios reguladores capaces de resolver las contradicciones de toda índole que harían difícil tanto la personalización de cada individuo en el caso de su libertad como el progreso de la sociedad mediante la organización del esfuerzo común requerido para el acceso a un bienestar sin discriminación de personas. (1999:43)

El problema para la eficaz administración de justicia provee que el juez requiera de certeza, esta es llevada por uno de los medios de prueba legalmente reconocidos por la ley, bien sabido que la legislación procesal rechaza la presunción de presunciones, esta su vez se funda en el indicio que debe tener por objeto un hecho que la sido llevado al proceso por cualquiera de los medios de prueba establecidos por la ley.

El Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, en la forma en que se encuentra no admite que la duda de un juez pueda significar solo la atenuación de la pena, la duda necesariamente lleva a la absolución del

acusado. Así expresa Viteri (2003:202): “La certeza excluye la duda”.

Por su parte, Abarca (2003:68) expresa que:

Para la eficaz administración de justicia es dable afirmar que la prueba puede ser positiva o negativa. La primera, cuando la finalidad es llevar al juez a la certeza de la existencia de la infracción, o de la certeza sobre la culpabilidad del o de los acusados; y, la segunda cuando se establece la inexistencia del delito o la inculpabilidad del acusado. Cuando los actos procesales que se pretendieron probar no han llevado al Juez a una u otra certeza, entonces se plantea que no han cumplido con la finalidad que pretendían.

En el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano existen como sanciones económicas las penas punitivas, multas basadas en el salario o remuneración mínima mensual. Las restituciones pueden causar el equívoco de suponer que el dinero o los bienes entregados utilizados en el acometimiento del delito, deben ser devueltos por el cohechador. Se añade a eso que existen modos de corromper que no consisten precisamente en la entrega de dinero o de cosas que tengan un valor pecuniario fácilmente calculable, sino que también pueden referirse a ofertas o promesas que no pueden ser valoradas en dinero. Del cohecho activo, en cuanto al ofrecimiento o recepción, las palabras directa o indirectamente, así como que el beneficio de acometimiento del delito sea para sí mismo o para otra persona. Además, se incorpora como sanción, si hubiere lugar a ello, la nulidad de los actos que hubieren sido realizados en virtud del acometimiento de esta infracción. Ocultación y aprovechamiento de bienes.

Debe incorporarse una reforma en el que se castiga a quienes hubieren obtenido beneficios mediante el ocultamiento o aprovechamiento de bienes obtenidos mediante la

comisión de cualquier delito cometido contra la administración pública. Ha de entenderse que cosas comprende solamente a objetos materiales y se le acompaña una multa que será equivalente al duplo del valor de los bienes ocultados y los beneficios generados, la misma que será determinada en la sentencia condenatoria previo informe pericial. Aunque establecido actualmente en el Código Orgánico, ha de explicitarse y enfatizar en la severidad de aplicación.

Se establece también, que corresponda a los jueces penales, el determinar la inmovilización, aprehensión y el decomiso de los bienes ocultos. Puede afirmarse, sin exageración, que cada tratadista de Derecho Penal ha procurado elaborar su propia definición de delito, el resultado ha sido el que estas definiciones se parezcan mucho entre sí; inevitablemente, deben utilizar los mismos elementos esenciales, se distinguen apenas en aspectos de menor importancia, especialmente entre los tratadistas modernos se ha llegado casi a un consenso sobre la forma en que la doctrina penal es tratada.

Así, afirma Sergio Azua que:

Las definiciones formales, son aquellas que conciben el delito como el acto legalmente punible, es decir como el acto que la ley tipifica y sanciona con una pena determinada, de inmediato se advierte que tal concepto, siendo formalmente exacto, en realidad no aclara nada, es una verdadera tautología, como si a la pregunta ¿qué es el delito? se contestara aquel acto que a ley califica como delito y por tanto lo sanciona. (2016:29)

A pesar de la evidente futilidad de tales conceptos, hay códigos que los incluyen, así el propio Código Orgánico Integral Penal, que adopta fórmula similar: “Son infracciones los actos imputables sancionados por las leyes penales, y se dividen en delitos y contravenciones” (Artículo 642, Reglas). Si

una persona es sorprendida cometiendo esta clase de contravenciones, será aprehendida y llevada inmediatamente a la o al juzgador de contravenciones para su juzgamiento.

A tenor de Albán Gómez (2000:142), señala en su obra Manual del Derecho Penal ecuatoriano que:

... son cuatro los elementos constitutivos de la estructura del delito, éste es un acto típico, antijurídico y culpable. Si se dan estos presupuestos, el acto será punible, aunque la punibilidad no deba considerarse un elemento del delito sino su consecuencia; este concepto nos permitirá desarrollar y analizar con absoluta precisión todos los aspectos y problemas que deben ser estudiados dentro de una teoría del delito:

El delito es acto, ya que el primer elemento, el sustento material del delito es la conducta humana; los tres elementos restantes son calificaciones de esa conducta son adjetivos que matizan el sustantivo inicial del concepto;

Es acto típico, porque esa conducta deberá estar previa y expresamente descrita por la ley penal;

Es acto antijurídico, porque esa conducta es contraria al derecho, lesione un bien jurídico penalmente protegido; y,

Es acto culpable, porque, desde el punto de vista subjetivo, ese acto le puede ser imputado y reprochado a su autor.

Relativo al concepto jurídico de delito en el Código Penal ecuatoriano, dictado en 1938, tiene en su estructuración fundamentos clásicos. Contiene de infracción penal y de delito formal; trata de que no se reduzca sólo al listado de las conductas consideradas delitos y la pena que a cada uno corresponde, sino que fundamentalmente su misión es la proteger a la sociedad. En el mismo, existen como sanciones económicas las multas y restituciones y ya el actual Código Orgánico Integral Penal es enriquecido con las consideraciones que hoy rigen la legislación como temas del peculado, cohecho y otras.

Puede afirmarse, que cada tratadista de Derecho Penal ha procurado elaborar su propia definición de delito, el resultado ha sido que estas definiciones se parezcan mucho entre sí; pues como, inevitablemente, deben utilizar los mismos elementos esenciales, se distinguen apenas en aspectos de menor importancia.

Asumiendo definiciones de tratadistas reconocidos, a tenor de Jiménez de Azua (1999:212), este afirma que:

...las definiciones formales, son aquellas que conciben el delito como el acto legalmente punible, es decir como el acto que la ley tipifica y sanciona con una pena determinada, de inmediato se advierte que tal concepto, siendo formalmente exacto, en realidad no aclara nada, es una verdadera tautología, como si a la pregunta ¿qué es el delito? se contestara aquel acto que a ley califica como delito y por tanto lo sanciona.

Hay códigos que incluyen conceptos. El Código Orgánico Integral Penal adopta definición similar: Prohibición de privación de libertad en centros no autorizados, significando además que “Son infracciones los actos imputables sancionados por las leyes penales, y se dividen en delitos y contravenciones.”

Para Carrara (2005:84), el “delito es la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y socialmente dañoso”.

Otro estudioso del tema, como Albán Gómez (2000:133), al hablar del delito en su obra Manual del Derecho Penal ecuatoriano considera:

...que son cuatro los elementos constitu-

tivos de la estructura del delito, éste es un acto típico, antijurídico y culpable. Si se dan estos presupuestos, el acto será punible, aunque la punibilidad no deba considerarse un elemento del delito sino su consecuencia. Este concepto permitirá desarrollar y analizar con absoluta precisión todos los aspectos y problemas que deben ser estudiados dentro de una teoría del delito.

El Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano representa un poderoso instrumento jurídico para la defensa de la colectividad, incide con sus efectos, la represión, la sanción o la pena, sobre los más preciados atributos y las más íntimas afecciones del hombre: su honor y su fama, su nombre, su familia y su porvenir.

Concretamente, el Derecho Penal es parte de la ciencia jurídica, y por ello su finalidad es el estudio y la interpretación de los principios contenidos en la ley. Sin embargo, el concepto jurídico que hemos señalado anteriormente, está básicamente contenido en la legislación penal ecuatoriana; varias disposiciones del Código, e incluso de la propia Constitución, desarrollan los cuatro elementos que hemos calificado como esenciales del delito, por lo cual puede concluirse que este concepto si está implícitamente previsto en la legislación ecuatoriana. Se precisa un primer señalamiento general de cómo aparecen estos caracteres en nuestra legislación penal.

En cuanto a la tipicidad, hay que relacionarla fundamentalmente con el principio de legalidad; así lo hace en forma expresa la Constitución de la República en el artículo 76, numeral 3 que reza: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se le podrá juzgar a una persona

ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento principio de legalidad que recoge también el Código Orgánico Integral Penal, y que se relaciona así mismo con disposiciones del Código de Procedimiento Penal. La antijuridicidad es un elemento que subyace en todo el sistema penal y que aparece “Son infracciones los actos sancionados por las leyes penales...”.

Se precisa abundar en las consideraciones generales acerca de la corrupción y de los delitos asociados a la corrupción en el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano. El término corrupción, desde una perspectiva semántica, proviene del latín rumpere, que significa romper, dividir, quebrar, violar, anular; que a su vez se deriva de corrumpere, cuyo significado es alteración, desunión, descomposición. Corrumpere, entonces, debería significar: “romper con”, “romper en unión de”, pero en realidad quiere decir “echar a perder, podrir”, por lo tanto, la expresión corromper siempre reconoce en líneas generales la presencia de dos partícipes en el acto, que se corresponden principalmente con dos espacios; el corruptor y el corrupto, es decir la fuerza que corrompe y aquella persona sobre el que recae y que en definitiva es lo que se echa a perder, lo que se pudre.

El fenómeno de la corrupción, a tenor de estudiosos como Beraldi (1995), Gómez de la Torre (1993) y Brizio (2010), está muy anclado y arraigado desde la existencia de la humanidad misma, en razón de que sus raíces responden precisamente a consideraciones sociológicas y modernamente a ámbitos de ciencia política por la vinculación que tiene la corrupción con el poder, por ser su ámbito de germinación y relevancia; el poder y corrupción se asocian cuando el primero no es considerado como un hecho regulado por el Derecho, entendiéndose a éste como un sistema normativo regulativo

de conductas humanas, por otro lado, no habría inconveniente de orden semántico que se pueda hablar de deportistas, de directores de empresas o de sacerdotes “corruptos”, en el mismo sentido podría hablarse de gobernantes o congresistas corruptos. Empero, lo que sí es cierto es que en los actos o actividades de corrupción interviene siempre, por lo menos, un decisor. Es Muriel (2000:94), quien enfatiza:

...la influencia de la corrupción ha alcanzado a todos los países del orbe, y aún la corrupción alcanza a buen número de países europeos con sistemas políticos de las convencionalmente denotadas democracias consolidadas; aunque en sociedades menos desarrolladas, los efectos de la corrupción suelen ser más graves, que en países desarrollados; en la medida en que dificulta el crecimiento económico y pone en tela de juicio la percepción de la soberanía...

Didácticamente, Hurtado Pozo (2009:31), prefiere hablar de dos tipos de corrupción:

... de una parte, la corrupción directa y de la otra parte, la corrupción institucionalizada. Se habla de corrupción directa cuando en los comportamientos concretos e individuales, los autores, las víctimas, el objeto y los móviles pueden ser identificados o determinados claramente. El mejor antídoto para combatir la corrupción es la transparencia, si todos estamos informados sabremos cómo se están gastando los recursos y cómo se gestiona en la política pública.

Esto es posible, -señala el citado autor-, “sobre todo, en el nivel inferior o intermedio de la jerarquía administrativa. Esto se debe a que las tareas de los funcionarios y servidores de este nivel consisten básicamente en ejecutar las decisiones tomadas por los altos funcionarios”.

En cuanto a la corrupción institucionalizada, como bien arguye Abarca Luis (2003:37), se

caracteriza por su naturaleza oculta o disimulada y forma parte de la estructura institucional. Es difícil establecer un vínculo entre las causas y los efectos. De igual forma, resulta interesante poner de relieve una característica de la corrupción en un sentido criminológico.

Existen definiciones muy generales como la de Ibáñez (1996:28), donde la corrupción se manifiesta como:

...aquellas formas de actividad ilegal mediante las cuales, sujetos que gestionan espacios de poder político y cuentan con capacidad de emitir decisiones de relevancia en el plano económico, prevaliéndose de esa posición, se apropian de una parte del beneficio correspondiente a quienes por su mediación contratan con la administración pública, los que, con ese coste como sobreprecio, obtienen a su vez un privilegio.

Sin embargo, la definición más utilizada por los científicos sociales es la elaborada por el profesor Wolpe Joseph (1980:22), vinculado de alguna forma a la administración pública para quien:

...es una conducta que se desvía de las obligaciones de orden público normales debido a intereses personales (familiares o de allegados) o beneficios monetarios o de orden social; o que viola normas respecto al uso de cierto tipo de influencias con fines personales.

Esta definición, afirma Beraldi (1996:56), incluye conductas tales como “el cohecho (uso de gratificaciones con el fin de influenciar el juicio de una persona de cierta jerarquía), nepotismo (elección por vínculos familiares y no por méritos personales) y malversación de fondos (apropiación ilícita por particulares de recursos públicos)”.

Lo que, a juicio de este autor Beraldi, concuerda con lo expuesto por Sandlers

(2003:88), quien afirma:

...que la corrupción en el sector público es más grave que la privada, pues mientras ésta es susceptible de ser corregida por el Estado, si los mecanismos del Estado están infiltrados por la corrupción, el sistema queda sin apelaciones.

Ante esta cita, es que ya en la época romana, aparece el término de *crimen repetundarum*.

Acerca del delito de Cohecho, es una modalidad delictiva clásica en materia de corrupción y denominada Cohecho. Sobre el cohecho recoge el espíritu de la ley en el Código Penal de la República de México y dice que cohechar, es la acción de sobornar a un funcionario público para que haga o deje de hacer algo contrario a lo que sea justo en el caso de que se trate”, definición de la que claramente se desprende que este delito se comete por acción o por omisión, aunque esta reflexión legal, pueda ser polémica.

El Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano sobre el delito de cohecho trata desde el artículo 285 hasta el artículo 291, condicionando elementos constitutivos del delito, aunque se encuentran dentro de los realizados contra la administración pública. En estos artículos se especifican algunas circunstancias en que puede ser cometido el delito, sus protagonistas, formas de coima, procedimientos, retribuciones, el cohecho simple en forma tácita y el cohecho agravado, cohecho de jueces y árbitros, sanción para el cohechador, penas de prisión y reclusión, penas pecuniarias, la obligación de reparar el daño y la devolución de las coimas.

Ya, referido al peculado, viene del latín *peculare*, esto es robar el ajeno *peculio*. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, peculado: “es el delito que consiste en el hurto de caudales

del erario público, hecho por aquel a quien está confiada su administración”. El tratadista Cabanellas aborda el peculado como la sustracción, apropiación o aplicación indebida de los fondos públicos, por aquel o a quien está confiada su custodia o administración”. Por su parte, Sebastián Soler (1999:167), señala que “el peculado constituye fundamentalmente en un abuso de la función pública”.

A tenor de Pérez (2003:44), citado por el Dr. Luis Abarca en su obra Lecciones de Procedimiento Penal (2003:146) dice:

...es la correcta aplicación de las cosas o efectos confiados a una persona, con el encargo de darles un fin convenido previamente, pero para que la infracción adquiera su auténtica naturaleza es necesario que las cosas o caudales sean públicos o que la persona deba responder porque se le han entregado específicamente para que los intervenga.

El peculado se encuentra tipificado y sancionado en el Código Orgánico Integral Penal y es el delito propio, porque es de sujetos activos cualificados con cualidad exigida de naturaleza jurídica, como es la investidura y la función del empleado público encargado por razón de su cargo del manejo de caudales, así este delito hasta antes de la vigencia de la actual Constitución Política del Ecuador como delito propio, a partir de esa fecha, también los particulares pueden ser sujetos activos de esta infracción penal, de acuerdo al Artículo 121 de la Constitución indicada.

En la Constitución vigente que fue promulgada y aprobada en el año 2008, este delito hace referencia al delito en mención, en el artículo 131 que expresa: “no podrán ser candidatas o candidatos de elección popular”, y el numeral 2 dice “Quienes hayan recibido sentencia condenatoria ejecutoriada por delitos sancionados con reclusión, o por cohecho, enriquecimiento ilícito o peculado;

el artículo 129 que expresa: “La Asamblea Nacional podrá proceder al enjuiciamiento político de la Presidenta o Presidente, o de la Vicepresidenta o Vicepresidente de la República, a solicitud de al menos una tercera parte de sus miembros, en los siguientes casos: , el numeral 2 expresa: “Por delitos de concusión, cohecho, peculado o enriquecimiento ilícito”, y en el artículo 233 señala: “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 participan en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.

Antes de la vigencia de la actual Constitución Política del 2008, solo puede cometer por lo general, el funcionario público que dispusiere o consintiere que otro disponga los causales o efectos públicos que tengan a su cargo por razón de sus funciones, esto es, sujetos de este delito son solamente los funcionarios que en razón de sus cargos, tienen a su disposición caudales o efectos públicos, de tal modo que los que no son funcionarios públicos, hasta antes de la vigencia de la Constitución Política de 1998, o no están equiparados, o siendo funcionarios públicos no tengan a su cargo caudales o efectos públicos, no pueden ser sujetos activos del delito de peculado.

Es preciso recalcar que es requisito para que exista el delito de peculado, que los bienes objeto material deben ser administrados por el empleado público, que estuviere en su poder en virtud o razón de su cargo, como lo señala el artículo 257 del Código Orgánico Integral Penal. Al respecto, el tratadista Puig (2010:15), al estudiar esta expresión dice “por razón de sus funciones”, debe interpretarse en el sentido de que el funcionario tenga los caudales por disposición de la ley, así si lo recibió de alguien que voluntariamente se lo entrega no comete este delito.

De tal modo que si el empleado público sustrae fondos que no están a su cargo o que lo están, pero no en razón de sus funciones, sino por encargo temporal o accidental o simplemente de hecho, cometerá una apropiación indebida o hurto o abuso de confianza o estafa, pero jamás peculado y esto tiene su razón de ser porque como he señalado esta figura delictiva del peculado en la legislación es un abuso de confianza calificado, porque es la Administración Pública la que deposita en el empleado, aquí la entrega de dineros públicos o privados se lo hace al servidor público por razón de la función pública, es decir tomando en cuenta la calidad de la persona que lo administra o custodia.

Sin embargo, no todo hecho de apropiación indebida cometida por un empleado o funcionario público constituye Peculado, sino solo el que realiza en relación con una tenencia o posesión calificada por razón de la función o del servicio, así debe haber íntima relación de causa a efecto entre el cargo y la posesión, pues el Código Orgánico Integral Penal tipifica y sanciona el peculado y es claro en señalar: “...que estuviere en su poder en virtud o razón de su cargo...” (Artículo 257, 2014:102), y en razón del ejercicio de la función pública, ya que lo que interesa es que el servidor público o funcio-

nario tenga la disponibilidad material o jurídica o la posesión de la misma en sentido jurídico-penal.

Ya referido al enriquecimiento ilícito, también referencia al acto de enriquecerse por medios contrarios a la ley; noción también aplicable al funcionario público que se aprovecha de su poder y autoridad para realizar negociaciones ilegales que obtiene gracias al soborno.

El modus operandi de estos delinquentes es muy variado, es el contrabando científico, el peculado, el mercado de las influencias, el cohecho la concusión, al agio en sus múltiples fases de especulación, las negociaciones incompatibles que determinan a los altos funcionarios a interesarse por el endeudamiento agresivo que genera magníficas comisiones que regla el prestamista extranjero, préstamo invertido en obras ornamentales y casos de matriz productiva, como son las hidroeléctricas, el prevaricato, el nepotismo.

Ya referido al delito de colusión, se considera a la asociación delictiva que realizan los servidores públicos con contratistas, proveedores y arrendadores, con el propósito de obtener recursos y beneficios ilícitos, a través de concursos amañados o, sin realizar éstas (adjudicaciones directas) a pesar de que así lo indique la ley o normativa correspondiente.

El diccionario Enciclopédico de Derecho Visual, al delito de colusión lo determina como el convenio, contrato, inteligencia entre uno o más personas, hecha en forma fraudulenta y secreta, con el objeto de engañar o perjudicar a un tercero. Acción Colusoria es aquella que se ejerce con la intención de perjudicar a otro, quien por este hecho ilícito luego se encuentra obligado a la reparación del daño que ha causado.

CONCLUSIONES

Primera: El fenómeno de la corrupción ha alcanzado niveles alarmantes a nivel mundial. Hoy las instituciones públicas y la legislación creada al efecto resultan insuficientes para su combate, considerando que es un problema multicausal.

Segunda: A partir de la promulgación de la Constitución del 2008 en Ecuador se cuenta con una Carta Magna de trascendencia continental. Forma parte del movimiento constitucional del siglo XXI en América Latina que dotó a los países de constituciones avanzadas.

No obstante, se ha demostrado la necesidad de corregir las brechas y lagunas relativas a la corrupción.

Tercera: En la Constitución ecuatoriana se regulan principios, categorías e instituciones que ofrecen posibilidades para el combate a la corrupción. Un derecho penal garantista y el debido proceso penal son exigencias de un sistema de derecho en un Estado Democrático.

Se precisa legislar con mayor precisión en los conflictos y vacíos en la legislación ecuatoriana, que podrían ofrecer resquicios para la aparición y desarrollo de hechos de corrupción.

Cuarta: En el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, existen figuras delictivas que combaten desde la vía penal el fenómeno de la corrupción.

Entre estos delitos pueden mencionarse el cohecho, el peculado, el enriquecimiento ilícito, la colusión entre otros. Estas figuras delictivas constituyen herramientas para combatir la delincuencia de cuello blanco.

Quinta: Existen y se identifican potencialidades que desde la visión del Derecho Penal y la Constitución ecuatoriana pueden investigarse para combatir la corrupción en el país.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abarca, L. (2003). *Lecciones de Derecho Penal*. Quito, Ecuador: Editorial Don Bosco.
- Albán, E. (2000). *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*. Quito, Ecuador: Editorial Impresoresmyl.
- Azua, S. (2016). *Los principios Generales del derecho* (7a. ed.). México: Editorial Porrúa.
- Beraldi, C. (1995). *Control de la Corrupción Mediante la Desregulación*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Paidós.
- Gómez de la Torre, I. (1993). *La Restricción de los Derechos Fundamentales de las Personas en el Proceso Penal*. Madrid, España: Editorial Pinto.
- Brizio, G. (2010). *La Corrupción mexicana*. México D.F., México: Editorial Sopena.
- Carrara, F. (2005). *Programa de Derecho Criminal. Tomo I*. Madrid, España: Editorial Paidós.
- Código Penal para el Distrito Federal. (2010). *Gaceta Oficial del Distrito Federal*. México.
- Hernández, A. (1971). Metodología de la Ciencias del Derecho. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 11 (2), 253-259.

- Hernández, R., Fernández-Collado, C. & Baptista, P. (2010). *Metodología de la Investigación* (5a. ed.). México: Editorial McGraw-Hill.
- Hurtado, J. (2009). *Corrupción y Derecho Penal*. Suiza: Universidad de Fribourg.
- Ibáñez, A. (1996). *Corrupción: Necesidad, Posibilidades y Límites de la Respuesta Judicial*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Buena Fe.
- Jiménez de Azua, L. (1999). *Tratado de Derecho Penal. Tomo I*. Madrid, España: Editorial Santander.
- Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos – Subsecretaría de Desarrollo Normativo. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito, Ecuador: Gráficas Ayerve C. A.
- Muriel, M. (2000). *Economía, Corrupción y Desarrollo*. Salamanca, España: Editorial Moderna.
- Puig, F. (2010). *Derecho Penal*. España: Editoriales de Derecho Reunidas. S.A.
- Sánchez de la Torre, Á. (1999). Hay un Principio Lógico Adecuado para Definir el Rigor Científico del Pensamiento Jurídico. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, (75), 31-53.
- Sandler, H. (2003). *Corrupción. Una Sociedad Bajo Sospecha*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Buena Esperanza.
- Viteri, M. (2003). *Garantías jurídicas en el sistema penal ecuatoriano*. Quito, Ecuador: Publicaciones legales.
- Wolpe, J. (1980). Cognición y causación en el comportamiento humano y su terapia. En R. Ardila (Comp.), *Terapia del comportamiento* (pp. 246-260). Bilbao, España: Descleé de Brouwe.

