



REPÚBLICA DEL ECUADOR
ASAMBLEA NACIONAL



Trámite **60430**
Codigo validación **EF2FBHQI6**
Tipo de documento MEMORANDO INTERNO
Fecha recepción 21-feb-2011 17:17
Numeración documento 0010-en-rgz-11
Fecha oficio 18-feb-2011
Remitente GUILLEN RICHARD
Razón social
Revisa el estado de su trámite en:
<http://tramites.asambleanacional.gob.ec/ats/estadoTramite.jsf>

Oficio No. 0010-AN-RGZ-11
Quito, 18 de febrero de 2011

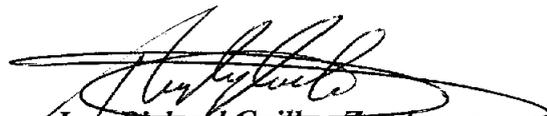
Señor Arquitecto
Fernando Cordero Cueva
PRESIDENTE DE LA ASAMBLEA NACIONAL
En su despacho

puerna 8 / 2011

Señor Presidente:

De conformidad con el artículo 134 numeral 1 y Art. 136 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con los artículos 54 y 55 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, presento ante usted, el **Proyecto de Ley Reformativa al Código Penal**, a fin de que sirva dar el trámite correspondiente.

Atentamente,


Ing. **Richard Guillen Zambrano**
ASAMBLEISTA POR LA PROVINCIA DE MANABI



RGZ/ej.

Adj. El Proyecto de Ley y firmas de respaldo.



REPÚBLICA DEL ECUADOR
ASAMBLEA NACIONAL

PROYECTO DE LEY REFORMATORIA AL CÓDIGO PENAL

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS:

La legislación ecuatoriana incluye al delito de peculado dentro de los delitos contra la administración pública, concretamente dentro del capítulo denominado De la violación de los deberes de los funcionarios públicos, de la usurpación de atribuciones y de los abusos de autoridad. Se trata de delitos de carácter especial, por cuanto sólo pueden ser cometidos por personas que tengan esa calidad especial, entonces sólo quien tenga la categoría de servidor público puede realizar los tipos delictivos propios contra la administración pública, es decir que en este tipo de delito se exige un sujeto activo calificado.

Se entiende, por lo tanto que el delito de peculado solo puede ser cometido por un funcionario público.

Vale la pena que en primer término se conceptualice a la administración pública como al servidor público, definiciones que se hallan en las disposiciones de los artículos 227 y 229 de la Constitución de la República: La administración Pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, transparencia y evaluación. Por su parte el servidor público está definido como: serán servidoras y servidores públicos, todas las personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten sus servicios o ejerzan cargo, función o dignidad dentro del sector público.

La constitución vigente no define claramente lo que constituye o significa la función pública, lo único que queda claro es que constituye un servicio a la colectividad, en lo demás enumera los principios que la rigen. Desde mi punto de vista la función pública es la exteriorización de los atributos del estado como actividad encaminada a un fin social.

Tal como dispone el artículo 226 de la Constitución la función pública y las funciones del servidor público, deben encontrarse previa y taxativamente contempladas en la Constitución o en la Ley, las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que le son atribuidas en la Constitución y en la Ley, entonces en el campo concreto del empleado o servidor público no hay competencia, función o atribución, que no esté sujeta y determinada a la ley o el reglamento, de manera particular cuando hace referencia con sus funciones.

Complementando el concepto constitucional de servidor público, creo conveniente indicar que Empleado o servidor público será la persona natural designada o nombrada de acuerdo con las normas jurídicas para ejercer un cargo público y que ha tomado posesión del mismo, con lo que se aclara el concepto constitucional, por cuanto para ejercer un cargo público se requiere que sea legalmente designado, es decir observando todas las normas legales que rigen al sector público en general y a la institución en particular; y que se haya posesionado igual de forma legal, por que no será servidor público solamente quien haya sido designado. Con respecto al delito de peculado, solamente ellos serán sujetos del tipo penal.



REPÚBLICA DEL ECUADOR
ASAMBLEA NACIONAL

Las funciones de todos y cada uno de los servidores públicos están claramente establecidas en la Ley del Servicio Público vigente que reformó a la anterior; y, en los reglamentos orgánicos funcionales de todas y cada una de las instituciones del Estado, los reglamentos internos de las Empresas públicas o de economía mixta en cuyo paquete accionario el estado participe con más del cincuenta por ciento.

De lo analizado anteriormente, se desprenden al menos los sujetos del delito de peculado, delito en el que existirá un sujeto activo y un sujeto pasivo. El primero será necesariamente un funcionario público comprendido dentro de la definición del artículo 229 de la Constitución y en la Legislación que rige al servicio público, no podrá ser nunca un particular (extremus), por que nuestra Constitución no admite el servicio público transitorio, sino únicamente quien a cualquier título (contrato o nombramiento) trabajen o presten sus servicios en el sector público; tampoco en nuestra legislación se admite y norma al delito de peculado por extensión. El sujeto pasivo que será siempre el titular del bien jurídico vulnerado, el perjudicado, que en definitiva será la Administración pública y por ende El Estado.

Definidos los sujetos que intervienen en el delito de peculado, queda ahora establecer el objeto jurídico del delito de peculado, debiendo para el efecto distinguirse en lo posible al objeto jurídico genérico y un objeto jurídico específico; el primero entendido y representado en el interés público por el normal desempeño de la administración pública; y el segundo constituido por la seguridad de los bienes pertenecientes al Estado y la fidelidad que el funcionario público debe demostrar con respecto del patrimonio estatal, es decir aquellos bienes en los que el estado tenga parte.

Contando ya con los elementos principales del delito de peculado, toca ahora analizar la disposición contenida en el artículo 257 del Código Penal en vigencia, que al texto dice: Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público, que, en beneficio propio o de terceros, hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que les pertenezcan, piezas títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles que estuvieren en su poder en virtud o en razón de su cargo, ya consista el abuso en desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante. La pena será de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años si la infracción se refiere a fondos destinados a la defensa nacional.

*Quedó demostrado que en el delito de peculado se debe proteger al interés público y la seguridad de los bienes del estado, sin embargo el legislador al definir al peculado en la disposición del artículo 257 del Código Penal, expresa que también puede ser considerado como peculado el abuso cometido por un servidor público de bienes pertenecientes a particulares, me parece que existe una confusión con el abuso de confianza, que consiste en la entrega de las cosas materia de la infracción por cualquier motivo, a cualquier título, y sin consideración a la calidad de la persona que las recibe, en cambio y tal como dice la disposición del artículo 257 los sujetos activos del delito, son los servidores públicos, que abusaren en su beneficio o de terceros de bienes públicos, **en razón de su cargo, CREO QUE MÁS BIEN EL CÓDIGO DEBE DECIR EN RAZÓN DE SUS FUNCIONES**, en consideración a que en el sector público ecuatoriano, existen muchos servidores públicos*

14



REPÚBLICA DEL ECUADOR
ASAMBLEA NACIONAL

designados y posesionados para un cargo, pero que ejercen funciones distintas a éste, pues existe una diferencia bien marcada entre lo que es cargo público y lo que constituyen funciones propias e inherentes al mismo.

En definitiva no es coherente jurídicamente, la forma como se halla redactada la disposición del artículo 257 del Código Penal referente al delito de Peculado, incoherencia que ha llevado a que muchos servidores públicos por el abuso de interpretación de ciertos funcionarios de los Organismos de Control (Contraloría) y por la falta de entendimiento jurídico de operadores de justicia, se vean envueltos en una serie de procesos judiciales.

*Por ello creo conveniente, que el legislador ecuatoriano, reforme la disposición del artículo 257 del Código Penal, en la que se establezcan claramente los sujetos de la infracción y el objeto jurídico del delito de peculado, donde el sujeto activo será el servidor público que **en razón de sus funciones**, el sujeto pasivo será el Estado sus instituciones o empresas públicas o de economía mixta; y el objeto jurídico serán los bienes del estado, valores o títulos.*

Se distinguen dos tipos de delito de peculado, el peculado por apropiación de bienes del estado, sean éstos muebles o inmuebles susceptibles de valoración, títulos, valores, dinero; y, el peculado por uso indebido o abuso de los bienes pertenecientes al estado, a sus instituciones, empresas estatales o de economía mixta en las que participe el estado.

Expresé anteriormente que por la forma como está redactado el artículo y se tipifica al peculado, muchos servidores públicos han sido objeto de juicios maliciosos e ilegales, que nacen de antojadizas interpretaciones de funcionarios de menor rango de la Contraloría General del Estado, en consideración a que la acción penal de peculado contra un servidor público, solamente nace del informe de exámenes especiales practicados por la Contraloría, el que los servidores de esta entidad establezcan presunciones de responsabilidad penal, por ello creo conveniente y justifico la reforma propuesta.

Además, como fruto de los exámenes especiales de Contraloría en los que establezca presunciones de responsabilidad penal, en su mayoría se refieren a contratos públicos, por ello, surge más la confusión de Contraloría y operadores del sistema judicial, llámese fiscalías o juzgados, en mérito a esta confusión creo conveniente que nuestra legislación penal contemple, norme y regule al delito de peculado cometido por la celebración indebida de contratos públicos.

Esta propuesta, a más de la aplicación indebida del artículo 257 del Código Penal por parte de funcionarios de Contraloría y operadores del sistema judicial, tipificará de modo claro y preciso las posibles conductas antijurídicas de los servidores públicos en materia de contratación pública, área de la administración pública más propensa para el cometimiento del delito de peculado.

La propuesta de incluir disposiciones legales específicas al régimen de contratación pública o administrativa tiene sus justificativos: El surgimiento de la actividad empresarial del estado por una parte, (ley de empresas públicas); el aumento considerable de obras, servicios o bienes que requiere el Estado o sus instituciones, y, podría considerar además el desarrollo alcanzado por la contratación pública dentro del derecho administrativo.

24



REPÚBLICA DEL ECUADOR
ASAMBLEA NACIONAL

Pasaré revista a los antecedentes legislativos que los dividiré en dos tiempos legales; el uno que va hasta el 4 agosto de 2008; y la legislación vigente contemplada en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Hasta antes del 4 de agosto de 2008, la contratación pública estaba regulada por las normas contempladas en la Ley de Contratación Pública y en la Ley de Consultoría, leyes que dejaban bajo responsabilidad y competencia de las máximas autoridades de las instituciones públicas, los procesos precontractuales y contractuales de la adquisición de bienes, ejecución de obras, prestación de servicios, arrendamiento de bienes inmuebles, y la contratación de consultoría. Los procedimientos precontractuales y contractuales solamente eran auditados ex post por la Contraloría, y sólo en los casos de licitación pública, emitía su informe vinculante junto con la Procuraduría.

Esta legislación permitía que varios funcionarios públicos cometan una serie de irregularidades en el proceso precontractual y contractual, que una vez analizadas por la Contraloría a través de exámenes especiales de ingeniería y ambientales, o a través de auditorías financieras, establecía responsabilidades administrativas o determinaba presunciones de responsabilidades penales. Además permitía que los funcionarios del Organismo de control, interpreten y apliquen los mandatos legales a su libre albedrío lo que causaba graves perjuicios a los servidores públicos.

Para evitar este tipo de irregularidades, el 4 de agosto de 2008 entra en vigencia la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, cuerpo legal que sistematiza y centraliza los procedimientos administrativos precontractuales (hoy conocidos como pliegos) y contractuales para la contratación de obras, adquisición de bienes, prestación de servicios incluidos los de consultoría, a través del sistema nacional de contratación pública en una sola entidad denominada Instituto Nacional de Compras Públicas.

Desde la vigencia de esta ley, se han regularizado y normalizado los procedimientos, sin embargo aún queda abierta la posibilidad del cometimiento de irregularidades por parte de los funcionarios públicos de las entidades contratantes, que si bien es cierto no elaboran los pliegos de acuerdo al libre criterio de ellos, tienen entre sus facultades y atribuciones el proceso de contratación, de fiscalización o supervisión, procesos en los que se cometen una serie de irregularidades.

Quedan en la retina y en la memoria todavía los contratos adjudicados al Ingeniero Fabricio Correa, hermano del Señor Presidente, las adjudicaciones emergentes realizadas por el Ministerio de Transporte y Obras Públicas, Ministerio de Salud, la declaratoria de desierto del procedimiento para impresión de formularios del censo 2010.

La legislación anterior al 4 de agosto de 2008 establecía el régimen de inhabilidades generales y especiales previstas en los artículos 55 y 56 de la Ley Orgánica de Contratación Pública, hoy están previstas en los artículos 62 y 63 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. En muchos procesos contractuales se deslizan estas inhabilidades generales y especiales.



REPÚBLICA DEL ECUADOR
ASAMBLEA NACIONAL

Se desprende que a pesar de existir normalización y centralización de procedimientos, en la administración pública se contrata: a) violando el régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades; b) existencia de un interés ilícito en la celebración del contrato, c) celebrar contratos sin el cumplimiento de requisitos legales.

En el primer caso, queda claramente establecido que la legislación actual sobre contratación pública establece inhabilidades para contratar lo que se traduce en una limitación a la capacidad contractual. Se entiende a la inhabilidad como el hecho o circunstancia que limita o excluye la capacidad legal para contratar con la administración, de suerte que el contrato celebrado de esa manera debe acarrear la nulidad, precisamente por la falta de capacidad para contratar. Si revisamos el texto del artículo 64 de la ley en vigencia y la anterior, la inobservancia de las inhabilidades (limitación a la capacidad para contratar) trae como consecuencia la terminación unilateral y anticipada del contrato. Se convierte en una sanción para el contratista, pero no se sanciona al funcionario que por su acción u omisión, en razón de sus funciones no de su cargo, no cuidó el interés público (bien jurídico). La ley actual más bien las considera como inhabilidades, pero se refieren más a incompatibilidades, hecho o circunstancia reñida con la contratación pública, que torna ilícita la causa, se presenta cuando una persona ejerce dos cargos públicos a la vez, o en cualquiera de las causales de los artículos 62 y 63 de la Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Por estas y otras consideraciones creo conveniente que se incluyan las siguientes disposiciones legales como a continuación propongo:

CONSIDERANDO:

***Que,** La Constitución de la República en su artículo 82 establece que el derecho a la Seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y a la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes;*

***Que,** el Artículo 132 de la constitución de la república prescribe que se requerirá de la aprobación de una ley en el caso que se vaya a tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes;*

***Que,** La Constitución de la República en su artículo 226 establece que las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal, ejercerán solamente las competencias y facultades que le atribuyan la constitución y la ley;*

***Que,** la Constitución de la República en su Artículo 233 establece que no habrá servidora o servidor público exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones;*

***Que,** es atribución de la Asamblea Nacional, la de expedir, reformar, codificar y derogar las leyes, e interpretarlas de modo generalmente obligatorio, así lo prescribe el artículo 120 en su numeral 6;*

De



REPÚBLICA DEL ECUADOR
ASAMBLEA NACIONAL

Que, el numeral 1, del artículo 54 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, contemple como una atribución de los Asambleístas, presentar proyectos de reformas a las leyes orgánicas y ordinarias;

En suso de las facultades que me confieren la Constitución y la Ley Orgánica de la Función Legislativa, propongo las siguientes reformas al Código Penal vigente:

LEY REFORMATORIA AL CODIGO PENAL

Art. 1.- Sustitúyase el texto del Artículo 257 del Código Penal, por el siguiente:

Art. 257.- Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años las servidoras o servidores de las instituciones del estado, sus organismos, empresas públicas cuyo capital estatal sea superior al cincuenta por ciento, que, en beneficio propio o de un tercero se apropien, usaren o abusaren dolosamente de bienes públicos, que en razón de sus funciones estuvieren en su poder o custodia. La pena será de reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años si la infracción se refiere a fondos destinado a la defensa nacional.

Art. 2.- A continuación del artículo 257, agregar dos artículos innumerados con el siguiente texto:

Art.... Serán sancionados con pena de reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años, las servidoras y servidores de las instituciones del Estado, sus organismos, de las empresas públicas y de economía mixta cuyo capital estatal sea superior al cincuenta por ciento, que en ejercicio de sus funciones intervenga en la tramitación, aprobación o celebración de un contrato público con violación al régimen legal de inhabilidades.

Art. ... Serán sancionados con pena de reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años, las servidoras y servidores de las instituciones del Estado, sus organismos, de las empresas públicas y de economía mixta cuyo capital estatal sea superior al cincuenta por ciento, que en ejercicio de sus funciones y con el propósito de obtener un provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero, tramite contrato público sin la observancia de los requisitos legales esenciales o los celebre o liquide sin verificar el cumplimiento de los mismos

RGZ..





REPÚBLICA DEL ECUADOR
ASAMBLEA NACIONAL

**ASAMBLEÍSTAS QUE RESPALDAN EL PROYECTO DE LEY REFORMATIVA AL
CÓDIGO PENAL**

NOMBRES	No. DE CÉDULA	FIRMA
RICHARD GUILLEN Z	130025977-5	
FERNANDO ROMO	03006555-1	
PATRICIO QUEVEDO A	0501317747	
Sylvia Kon Cedeño	130692744-1	
MERCEDES VILLACRES	120140092-4	
KLEVEN GARCIA	020108798-0	
GUIDO VILGOS	1710323922	
FRANCISCO CASTAÑOS RUIZ	1600118945	
Fernando Segura	010207385-5	
PACO FERRER QUIDO	0601156631	
JUAN CARLOS LOPEZ	1801106001-1	
Gerardo Vélez	170679187-6	

