

UNIVERSIDAD DEL AZUAY

Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

TEMA:

Peculado, Cohecho y Favorecimiento Ilícito

**Previa a la Obtención del Título
De Doctor en Jurisprudencia y
Abogado de los Tribunales
de la República.**

Director: Dr. Patricio Cordero O.

Autor: Hilda Alexandra Mogrovejo Tinoco.

**Cuenca – Ecuador
Enero de 2007.**

AGRADECIMIENTO

A ti he elevado mis ojos, a ti que habitas en los cielos, como los ojos de los siervos se fijan en la mano de su dueño, como miran los ojos de una esclava la mano de su dueña, así miran mis ojos al Señor nuestro Dios. Te doy gracias, Señor, de todo corazón pues oíste las palabras de mi boca, doy gracias a tu nombre por tu amor y tu verdad.

A mi Padre Gustavo, gracias por su ejemplo de trabajo y perseverancia pero sobre todo, por enseñarme, la humildad y la honradez como los más altos valores de la vida. A mi Madre Hilda, un ejemplo de mujer, gracias por estar a mi lado siempre, en buenos y malos momentos, por su entrega, paciencia y abnegación pero sobre todo, por ser a más de mi Madre, mi Amiga. A mi Papi Carlos gracias por todo el amor que me ha brindado.

A mis hermanas Katty y Grace gracias por sus consejos y apoyo incondicional. A mis sobrinos Mateo y Damaris gracias por ser mi motor y mi luz. A mis Tíos Galo, Mónica, Piedad, Patricio, Holger, César y Camilo, gracias por sus cuidados, cariño y apoyo. A mi prima Andrea gracias por su alegría y cariño. A mi cuñado y amigo Christian gracias por su apoyo en todo momento.

A esas personas incondicionales que más que amigos han sido mis hermanos Anita, Diana, Ivanova Xavier y Paola gracias por compartir conmigo alegrías y tristezas, por su paciencia, por ser mi sostén en todo momento y por todo su cariño.

Al culminar la presente tesis, quiero expresar mi más sincero agradecimiento al Dr. Patricio Cordero Ordóñez, por haber compartido sus conocimientos, su tiempo y paciencia conmigo, además por haber sido mi director en la realización de este trabajo investigativo.

De igual manera a los catedráticos de la Universidad del Azuay por haber compartido sus conocimientos durante los años de estudio, de manera especial quiero agradecer a los Drs. Víctor Llerena y Miguel Sarmiento por ser a más de unos buenos profesores, unos grandes amigos.

Finalmente quiero agradecer a todas aquellas personas que de una u otra manera hicieron posible la realización de esta tesis entre ellas a la Dra. María Elena Ramirez por su voz de aliento y apoyo, de igual manera a mis padrinos Miguel y Teresita por sus buenos deseos y preocupación.

DEDICATORIA

Esta Tesis está dedicada una persona muy especial que aunque ya no está entre nosotros siempre la llevaré en mi corazón y, a pesar de que el tiempo no le alcanzó para poder compartir conmigo este logro, sé, que desde donde está me esta cuidando y dando su bendición.

Mujer virtuosa ¿Quién la hallará?

Porque su estima sobrepasa largamente a las piedras preciosas

El corazón de su marido está en ella confiado.

Le da a ella el bien y no el mal,

todos los días de su vida.

Con voluntad trabaja con sus manos

Se levanta aún de noche

y da comida a su familia.

Ciñe de fuerzas sus lomos

y esfuerza sus brazos.

Su lámpara no se apaga de noche

Y extiende sus manos al menesteroso

Considera los caminos de su casa

y no come el pan de balde.

Se levantan sus hijos y la llaman Bienaventurada

y su marido también la alaba.

Muchas mujeres hicieron el bien

Más TU MAMI CELITA sobrepasas a todas.

Tu nieta que te quiere Alexandra.

RESUMEN

El presente trabajo consistirá en analizar el Juicio seguido en contra de ETAPA, en el proceso de Selección y contratación de Compañías para operar el Tráfico de telefonía internacional "Carrieres", en el cual en forma clara podemos precisar que se dan tres tipos penales que merecerán nuestro estudio, que son: el Peculado, el cohecho y el Favorecimiento ilícito, vamos a ver que para mi criterio, de conformidad con lo aportado dentro del proceso y de acuerdo con los hechos, se dio el Favorecimiento ilícito a favor de la Empresa Insatel; además se pretendió favorecer a la empresa Business Technology Communication;

Peculado, sustracción, apropiación o aplicación indebida de los fondos públicos, por aquel a quien esta confiada su custodia o administración. En la actualidad, éste delitos se denominada malversación de caudales públicos.”; por otro lado,

Cohecho, el soborno, seducción o corrupción de un Juez o funcionario público, para que haga lo pedido, aunque no se contra justicia. Para la existencia del cohecho es necesario que se trate de funcionario publico, de una persona que desempeña un servicio público; que haya dádiva o promesa aceptada por el funcionario, por sí o por persona interpuesta; que lo ofrecido o entregado tenga por objeto que el funcionario practique un delito o acto injusto, o deje de hacer lo debido; y que el soborno se efectúe en consideración al cargo.

El favorecimiento ilícito se lo concibe, a las personas elegidas por votación popular, representantes o delegados, y a los funcionarios, empleados o servidores públicos que aprovechándose de la representación popular, o el

cargo que ejercen se favorezcan o hayan favorecido a personas naturales o jurídicas, para que en contra de expresa disposiciones legales o reglamentarias, les hubiesen concedidos contratos o permitido la realización de negocios con el Estados o con otro organismo del sector público. De igual manera se concibe as los Directores, vocales o miembros de los organismos administradores del Estados o sector público en general, que, con su voto, hubiesen cooperado a la comisión del delito.

RESPONSE

The present work will consist on analyzing the followed Trial against ETAPA, in the process which gives Selection and recruiting gives Companies to operate the Traffic which gives international telephony "Carriers", in which we can specify that three penal types are given in form which you will deserve our study that they are: the Graft, the bribe and the illicit Favorecimiento, we will see that it stops my approach, give conformity with that contributed inside the process and give agreement with the facts, the illicit Favorecimiento was given in favour of the Company Insatel; it was also sought to favour to the company Business Technology Communications;

Graft, subtraction, appropriation or undue application gives the exchequer stocks, for that to the one who this confident one its custody or administration. At the present time, this crimes you denominated graft gives public flows."; on the other hand,

I suborn, the bribe, seduction or corruption gives a Judge or officeholder, so that makes that requested, although it's against justice. For the existence that gives the bribe it is necessary that it is gives official I publish, a person that carries out a public service; that there are gift or promise accepted by the official, for yes or for intervening person; that that offered or delivered she has for object that the official practices a crime or wrongful act, or stop doing what not right; and that the bribe is made the position consideration of charge.

The illicit favorecimiento conceives it to him, to elected people for popular voting, representatives or delegates, and to the officials, employees or public servants that taking advantage gives the popular representation, or the position that you exercise they are favored or have favored natural or juridical people, so that against expressed legal or regulation dispositions, has granted them contracts or allowed the realization gives business with the States or with another organism that gives the public sector. The same way ace it is

conceived the Directors, vowels or members that gives the administrating organisms that gives the States or public sector in general that, with their vote, has cooperated to the commission that gives the crime.

INDICE GENERAL

Introducción	1
---------------------	---

CAPITULO 1

ANTECEDENTES HISTORICOS

1.- Generales

1.1. Antecedentes Contractuales	3
1.2. Antecedentes de la acción penal	23

CAPITULO 2

ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS TIPOS PENALES ADMINISTRATIVOS INVOCADAS

2.1.- PECULADO.	24
2.1.1. Análisis Jurídico del tipo	27
2.1.2. Posición de la Contraloría	40
2.1.3. Conclusión	46
2.2.-COHECHO	47
2.2.1.Análisis Jurídico del Tipo	49
2.2.2.Posición de la Contraloría.	58
2.2.3.Conclusión	63
2.3.-FAVORECIMIENTO ILICITO	64

2.3.1.Análisis Jurídico del Tipo	64
2.3.2.Posición de la Contraloría	69
2.3.3.Posición de la Procuraduría	75
2.3.4.Conclusión	77

CAPITULO 3

ANÁLISIS JURÍDICO DE LA RESOLUCIÓN

3.1 Análisis jurídico de Sobreseimientos Provisionales y Resolución.	79
3.2 Conclusiones Generales	106

BIBLIOGRAFIA	108
---------------------	-----

INTRODUCCION

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua¹, la palabra Corrupción significa acción y efecto de corromper o corromperse, locución que a su vez se define como alteración o trastrocamiento de la forma de alguna cosa, echar a perder, depravar, dañar o podrir, sobornar o cohechar al juez, o cualquier persona, con dádivas o de otra manera.

La corrupción no es un concepto jurídico, sino social, humano, incrustado como un cáncer en el fenómeno del poder, aunque a veces permanezca, afortunadamente, inactivo; representa mutación en la forma y sustancia, que acarrea perversión y, a la postre, la muerte.

Al relacionar las expresiones corrupción y régimen, tendremos como resultado, un significado que debe conglobar la existencia de un gobierno ulcerado, las prácticas generales de gobierno dañadas y dañosas, la corriente existencia de actividades degradadas y viciadas que rigen una sociedad.

La Corrupción estará definida como aquellos comportamientos que se desvían de las funciones naturales de los servidores públicos, para atender intereses privados, obtener ganancias pecuniarias o posición social, o violar la legalidad en aras de oponerse a algún al ejercicio de algunos tipos de influencia privada. Frente a la corrupción habrá hombres corruptos o corrompidos, una sociedad plagada de corrupción, estará en consecuencia, llena de personas vulnerables, endebles, potencialmente corruptibles.

En estos tiempos modernos, cuando predomina una concepción neocapitalista sobre la intervención del Estado en la economía², en la que esta adquiere cierta autonomía frente a los miembros privados del sistema, los funcionarios que lo representan, tanto en la determinación del modelo

¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 1992, pp.410.

² MORILLAS Cueva Lorenzo y PORTILLA Contreras Guillermo, Revelación de Secretos, Cohecho y Tráfico de Influencias, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1994, pp. 176-177.

económico, en las decisiones judiciales y como no, en la expedición de las leyes, es inevitable la existencia de grupos de presión, de todo tipo legales e ilegales, que pretenden condicionar la gestión pública, judicial y legislativa, haciendo uso de las relaciones de poder, de favores directos e indirectos, por supuesto del dinero. Toda esta clase de comportamientos no pueden evitarse sólo utilizando mecanismos represivos, es necesario adoptar medios de diverso orden, entre otras las administrativas de carácter preventivo, que obstaculicen la posibilidad de injerencia externa a las decisiones públicas, para evitar que se lesione el principio de objetividad que debe regir todo tipo de actuación estatal.

La corrupción desequilibra la función pública y coloca en miserable posición la Administración Pública.

Los delitos contra la Administración Pública abarca entre otros delitos el atentado y resistencia a la autoridad, el peculado, la malversación, el cohecho, los abusos de autoridad, etc. sin embargo, como la gama de tipos penales es muy amplia, es que me restringí a analizar en forma concreta un caso específico, a fin de realizarlo con la profundidad y el análisis que merece una investigación científica en donde, podemos destacar ya en forma concreta tres tipos penales, que los voy analizar, como son el peculado, cohecho y favorecimiento ilícito.

CAPITULO 1

ANTECEDENTES HISTORICOS

1.- Generales

1.1. Antecedentes Contractuales

La Municipalidad de Cuenca, en marzo de 1984 expidió la ordenanza de creación de ETAPA.

La ley de Régimen Municipal señala en su artículo 197 que “La Empresa Pública Municipal es una entidad creada por ordenanza, con personería jurídica y autonomía administrativa y patrimonial, que opera sobre bases comerciales y cuyo objetivo es la prestación de un servicio publico por el cual se cobra una tasa o un precio y las correspondientes contribuciones”.

Entre los objetivos de la entidad tenemos:

- a) Atención de las necesidades de los servicios de Telecomunicaciones, Agua Potable, Alcantarillado y mas afines del cantón Cuenca.
- b) Dotación, operación, administración, control, mantenimiento y financiamiento de los sistemas antes anotados.
- c) Reglamentar la concesión y utilización del servicio de telefonía, agua potable, canalización y evacuación de aguas residuales.
- d) Propender el desarrollo institucional, pudiendo para ello, suscribir convenios y acuerdos con organismos nacionales o internacionales, o participar con otras instituciones nacionales o internacionales en asociación para cumplir planes y programas de investigación tecnológica y otros.

El 21 de febrero de 1997 en sesión del Directorio, se autorizó el inicio del proceso de selección de un carrier internacional y la adquisición del equipamiento necesario para la provisión de una Estación Terrena para el manejo del Tráfico de telecomunicaciones que se origine o termine en el cantón Cuenca.

El 10 de Marzo de 1998 se suscribió el contrato de provisión e instalación de los equipos necesarios para la Estación Terrena, cuyo financiamiento se originó en un préstamo no reembolsable del Gobierno Canadiense.

La empresa en 1998 dispuso de estos equipos, quedando en condiciones de ofrecer el servicio de telefonía internacional, previo a lo cual necesitaba contratar a compañías que le permitieran la conexión e interconexión de tráfico de entrada y salida de llamadas telefónicas hacia y desde la ciudad de Cuenca.

El 5 de Abril de 1999, según acta de sesión del Directorio se designó una comisión compuesta por dos de sus miembros, para que actúen en las negociaciones con la compañía INSATEL.

El 23 de abril de 1999, según acta de sesión del Directorio, se resuelve por unanimidad designar a la misma comisión a que se encargue de analizar las propuestas presentadas por algunas compañías. Y a su vez las que siguieren presentando propuestas a ETAPA.

El 9 de julio de 1999 mediante oficios el Gerente de Etapa se dirige a los representantes de las compañías, solicitándoles el envío de la documentación

técnica, económica y legal, estableciéndose un plazo de entrega , con el objetivo de realizar un análisis objetivo de la oferta de tráfico internacional.

En sesión extraordinaria del 30 de julio de 1999, en la que se incluye como punto del orden del día "Conocimiento y Resolución sobre el informe de la Comisión encargada para analizar las ofertas presentadas para el tráfico de telefonía internacional y el Directorio de Etapa resuelve aceptar el informe de la Comisión y además se aprueba la moción presentada por uno de los miembros del Directorio en el sentido de que se pida a los nueve oferentes que actualicen los documentos y los que no cumplan se les desechen y que se trate de avanzar con los tres primeros para llegar a los convenios.

La forma en que se iban a clasificar las empresas era de la siguiente manera:

- a) Empresas que han entregado suficiente información para empezar la segunda etapa de negociación en la que deben certificar la información y formalizar el plan de negocios.
- b) Empresas que tendrían que presentar información adicional para comenzar la segunda etapa de la negociación.
- c) Empresas que han entregado información insuficiente no lo han hecho en forma extemporánea como para pasar a la siguiente etapa de la negociación.

El 4 agosto de 1999, en cumplimiento de la decisión del Directorio, la Comisión resuelve para la segunda etapa, estandarizar y complementar el formato para la presentación de la información adicional que se requiere con la finalidad de que todos los concursantes se encuentren en igualdad de condiciones y para ello la comisión elabora un instructivo, con disposiciones muy explícitas y concretas, respecto al procedimiento a emplearse para la presentación de la información adicional solicitada y para su posterior valoración.

En septiembre de 1999 según actas de la Comisión se identifican a las compañías según la primera calificación en cada uno de los grupos de la siguiente manera:

Grupo 1: IDT e INSATEL

Grupo 2: BTC, TELEF LINK y SYSNET

Grupo 3: SIMPLE COMMUNICATIONS, IDS y STARCOM

Grupo 4: GLOBAL CALLING

Respecto a la creación de este nuevo grupo en el acta de la Comisión se manifiesta que ...“se ha clasificado dentro de este nuevo grupo la oferta recibida de la Empresa GLOBAL, la cual no constaba entre los oferentes iniciales, pero que debido a que un funcionario de una de las empresas anteriormente invitadas tenía conocimiento de este proceso, ha decidido entregar una propuesta a nombre de la compañía antes citada”. Particular que no se comunicó al Directorio, así como tampoco fue considerada en el cuadro de calificación.

En el informe entregado por la Comisión dice que...“como consecuencia de la calificación final, a la Comisión le corresponde entrar a negociar con cada una de las empresas finalistas, que eran 8, para ello se resolvió por unanimidad, que lo apropiado era proceder de acuerdo al criterio de prelación”

La atribución de negociar no se encuentra contemplada entre los deberes de los miembros del Directorio de ETAPA, es así que el art. 9 de la Ordenanza de ETAPA, le concede al Directorio únicamente las de deliberantes, es decir solo para tomar decisiones sin que tenga derecho a ejecutarlas por sí mismo, es

decir que sólo puede realizar actividades de conocimiento, autorización y control.

En cambio, el art. 19 de la misma ordenanza, reconoce al Gerente poderes o atribuciones de ejecución.

En base a esto al Directorio le correspondía solamente autorizar la contratación de operadores de servicios telefónicos y al Gerente ejecutar los procesos previos, hasta la adjudicación y suscripción de los contratos.

El 19 y 21 de octubre de 1999 mediante oficios el Gerente de Etapa comunica a los representantes de las empresas INSATEL, ON CALL y BTC que la propuesta final presentada para establecer negocios de tráfico internacional de telecomunicaciones, por parte de estas empresas había sido aceptada.

Esta circunstancia propició, como es lógico, que las empresas aludidas remitieran a su vez cartas, mediante las cuales se comprometen a cumplir con las condiciones exigidas por ETAPA para la firma del contrato, y lo que es más, amparándose en estas cartas solicitan permiso a los organismos de control de telecomunicaciones en los Estados Unidos, para adquirir los equipos necesarios que permitan enlazar su infraestructura operativa con la de ETAPA.

Los oficios anteriormente mencionados tuvieron su efecto ya que el 2 de febrero de 2000 el Vicepresidente y representante legal de BTC³ presenta una denuncia ante uno de los diputados del Azuay sobre graves irregularidades cometidas por autoridades de ETAPA de la Ciudad de Cuenca en la tramitación de un proceso para la calificación de empresa previa a la

³ Denuncia realizada ante el Diputado Carlos González fjs.252 a 258 del juicio seguido en contra de ETAPA por el proceso de selección de carriers para telefonía internacional

contratación de Servicios de Tráfico Internacional de Telecomunicaciones". Quienes amparados en el oficio enviado por el Gerente de Etapa se dieron por contratados, por cuanto aducen que en dicho oficio se expresa " Me place comunicarles que la propuesta final para establecer negocios de Tráfico Internacional de Telefonía ha sido aceptada" ...y que " la presente tiene por objeto oficializar nuestra intención de suscribir el convenio correspondiente en los próximos días, en las condiciones que han sido negociadas y discutidas con la comisión designada por el Directorio de la Empresa, tan pronto se completen las formalidades correspondientes.

En esta denuncia se sostiene que..." En el mismo oficio ETAPA comprometió a BTC para que conviniera con INTELSAT la utilización de sus servicios satelitales y expresó su interés fundamental de que Etapa y la Municipalidad de Cuenca dispongan del servicio a contratarse desde el 3 de noviembre de 1999, compromiso que BTC adquirió con INTELSAT a muy elevados costos los mismos que están constituyendo graves perjuicios para la empresa en razón de que aún no hemos podido suscribir el respectivo convenio con ETAPA".

Además esta compañía mediante un oficio dirigido al Presidente del Directorio de ETAPA, remitió muestras de la publicidad que iban a utilizar en el transcurso de la presentación de los servicios que consistían en:

- Una tarjeta en cuya primera plana se visualiza una toma de la catedral nueva, así como el logotipo de ETAPA y de BTC. Así como el valor de dicha tarjeta. En el reverso el texto que dice: "Cuenca Patrimonio Cultural de la Humanidad", título que a esa fecha no se lo había otorgado, e, instrucciones respecto a su utilización;
- una fosforera, en el un lado está impreso el logotipo de ETAPA y en el otro el de BTC; y
- un llavero con la identificación de ETAPA en el un lado y de BTC en el otro.

Las afirmaciones sostenidas en la denuncia, respecto de los costos incurridos por BTC se encuentran confirmadas a través de lo expresado por los miembros de la Comisión en su informe al poner en consideración al Directorio que las compañías BTC, INSATEL y ON CALL “ han incurrido en significativos gastos , como consecuencia de las decisiones a las que arribó, con total legitimidad, la comisión en su momento y que en consecuencia el Directorio, debería tomar en consideración para la decisión final, todo lo actuado tanto por la Comisión como por el Señor Gerente”

El 28 de octubre de 1999 mediante oficios dirigidas a las empresas ON CALL COMMUNICATIONS, BTC, INSATEL e IDS, el Gerente les comunica que “ la comisión designada por el Directorio de ETAPA, decidió como último paso y de manera previa a la formalización del contrato que es absolutamente necesario solicitar a los Organismos de Control Nacional, en el ámbito de las Telecomunicaciones, que nos certifique que las empresas preseleccionadas no tengan impedimento o se encuentren inmersas en situaciones de manejo ilegal de tráfico telefónico”

Las comunicaciones referidas se les cursó, sin embargo de que ETAPA disponía de información de la Superintendencia de Telecomunicaciones, en el sentido de que las empresas antes mencionadas o sus representantes habían incurrido en tráfico ilegal de telecomunicaciones como es el by pass, haciéndoles conocer en este oficio sobre la irregularidad cometida por estas las mismas que están descritas de la siguiente manera:⁴

ON CALL COMMUNICATIONS: “Esta empresa aparece como operadora de servicio de by pass en conjunto con la empresa ecuatoriana TELCODADTA”

BTC: “Econ. Adolfo Olloqui, Representante Legal de GROSIL S.A. empresa clausurada de by pass”

⁴ Oficio N° 1437 del 28 de octubre de 1999, Superintendencia de Telecomunicaciones, fj 239 del Juicio seguido en contra de ETAPA en el proceso de selección de carrieres de telefonía internacional.

INSATEL:...“ Aparece en los archivos de AMERICAN LINK, clausurada por prestación de servicios de by pass”

IDS:...“AVMTELECOM, está en trámite una denuncia por venta de tarjetas de prepago para by pass”

El 8 de noviembre de 1999, el Directorio de ETAPA, se instala en sesión reservada para tratar el único punto del orden del día que era el Conocimiento y Resolución sobre el informe presentado por la Comisión designada para la negociación de Corresponsalía en tráfico de Telecomunicaciones Internacionales, en esta sesión los miembros del Directorio, en base de informaciones proporcionadas por los miembros de la Comisión y del Director técnico de Telecomunicaciones realizan un análisis sobre los antecedentes de las compañías, anotando entre otras cosas lo siguiente:

En la intervención del Presidente de la Comisión expone: ⁵“ Como antecedente les queremos indicar que el Directorio resolvió hace algunos meses de que en base al informe que se presentó inicialmente al Directorio, en el que habíamos hecho la primer evaluación de las empresas interesadas en hacer negocios con ETAPA... De acuerdo a esa resolución el Directorio mandó a la Comisión que inicie las negociaciones con las empresas que habían estado calificadas en el primer puesto... Entonces conversamos con IDT y con INSATEL, IDT que aparentemente tenía la mejor oferta no aceptó encasillarse en las reglas de juego que nosotros habíamos planteado...En todo caso, lo objetivo nos va a permitir tomar decisiones sin el mayor problema, pero hay otros asuntos que deben manejarse con cierto criterio porque en este negocio, como lo indicó el señor Alcalde, inicialmente es un asunto de tanto dinero, que no hay referentes muy establecidos, porque nuestra ley, hasta hace poco no contemplaba la forma en que debería sancionarse a quienes estuvieran infringiendo la ley, entonces todos los concursantes tienen alguna mancha, lo que se trata de resolver aquí en el Directorio es si esas manchas son pequeñas,

⁵ Acta N° 25 de la Sesión Reservada del Directorio de ETAPA del 8 de noviembre de 1999, fjs. 1 a 43 del Juicio seguido en contra de ETAPA en el proceso de selección de carrieres de telefonía internacional.

son manejables como para que ETAPA asuma las ventajas o son pecados mortales, con los cuales automáticamente se descalificarían, esa es otra de las razones por las que hemos traído al Directorio para colectivamente valorar, para eso tenemos informes técnicos, en el ámbito de las telecomunicaciones, en el ámbito legal y financiero”.

Continuando con lo tratado en la sesión el presidente de la Comisión manifiesta:

...Nosotros tenemos ya una valoración, una calificación objetiva y tenemos que analizar los pecados, a ver si los pecados son graves o veniales.

Sobre el problema de INSATEL, el Director de Telecomunicaciones dio a conocer el oficio suscrito por el Superintendente de Telecomunicaciones en el mismo en el INSATEL aparece en los archivos de AMERICAN LINK, clausurada por prestación de servicios de by pass.

La sesión continuó con varias intervenciones de los miembros del Directorio, respecto de la legalidad o no de operar con INSATEL, de calificarla o rechazarla, analizándose parámetros técnicos financieros y legales, resolviéndose:

1. Luego de analizar el cuadro de calificaciones preparado por la Comisión a cerca de las empresas que presentaron las ofertas para corresponsalía en tráfico de telecomunicaciones internacionales, se consideró como prioritaria la imagen de la empresa ETAPA y se estimó que la decisión a tomarse colectivamente deberá ser en una próxima sesión.
2. Al dar lectura al oficio de la Superintendencia de Telecomunicaciones, en el cual se enumeran las empresas que han sido sancionadas por brindar servicios de by pass o callback, se da la aclaratoria que INSATEL, no está legalmente impedido de firmar contratos.

3. Se resolvió además que el Director Técnico de Telecomunicaciones de ETAPA viaje a Quito y realice contactos a fin de que el Gerente de ETAPA y el Miembro del Directorio y Representante de la Ciudadanía y alguien mas que quiera integrar la comisión, haga las averiguaciones concernientes a beneficio de ETAPA y una vez realizadas las gestiones se tomará la resolución en una próxima sesión del Directorio.

El 15 de noviembre de 1999 el Directorio de ETAPA se instala en sesión ordinaria y en el punto trataron sobre Conocimiento y Resolución sobre el informe presentado por la Comisión designada para la negociación de Corresponsalía en Tráfico de Telecomunicaciones Internacionales.⁶

El Presidente de la Comisión manifiesta que se inicie con INSATEL y al respecto dice que esta empresa tiene el pero que han estado mandando tráfico, ellos no aparecen en las listas de la Superintendencia de Telecomunicaciones, ni el Presidente Ejecutivo, ni el Presidente de la Empresa.

A lo que el Presidente del Directorio preguntó “ Que dice la Superintendencia de Telecomunicaciones?

El Director Técnico de Telecomunicaciones manifestó “Para el caso de INSATEL, la Superintendencia de Telecomunicaciones en el primer oficio decía que INSATEL aparecía en los archivos de AMERICAN LINK clausurada por servicios de by pass entonces nosotros pedimos que nos aclare, le enviamos enseguida un oficio en el que le pedimos que nos explique detalladamente la forma en que la Empresa INSATEL, aparece en los archivos de AMERICAN LINK y si esto implicaría una sanción para dicha empresa. Ante esto el Superintendente de

⁶ Acta N° 27 de la Sesión Ordinaria del Directorio de ETAPA del 15 de Noviembre de 1999, punto N° 5, fjs. 56 a 86 del Juicio seguido en contra de ETAPA en el proceso de selección de carrieres de telefonía internacional.

nos envió toda la documentación de INSATEL y en el señala lo siguiente: La superintendencia de telecomunicaciones clausuró una empresa que se llama AMERICAN LINK, que funcionaba en Guayaquil, esta empresa para justificar su operación, ellos decían que estaban transmitiendo datos que si es permitido por la ley, pero por alguna razón que nunca llegaron a determinar, unos piratas de telecomunicaciones se había introducido en la señal de ellos empezaron a mandar voz, mandaron la comunicación y como justificativo de eso envían un oficio del señor Ezequiel Villaseñor, Presidente de Insatel en el que indicaba que les mandaba la señal acá al Ecuador a esta empresa AMERICAN LINK y que realmente el decía o el justificaba que nunca mandó voz, sino únicamente mandó datos, y que en la señal de voz se le metieron piratas y que estos piratas metieron voz, entonces la conexión entre AMERICAN LINK e INSATEL , fue que INSATEL fue la empresa que enviaba el tráfico acá al Ecuador, realmente desde el punto de vista técnico es muy difícil creer que se de una situación como esa, en la que un pirata entre y meta voz en la señal de datos, eso técnicamente no es factible de lo que conozco ¿Ahora cual es la otra relación entre INSATEL y AMERICAN LINK? Entre las dos empresas de la información que se nos envía de la Superintendencia de Telecomunicaciones, la persona que firma como representante legal de AMERICAN LINK aquí en Ecuador es el Ing. Ernesto Flores Burbano, que ahora fue una de las personas que apareció como Jefe Técnico de INSATEL, aquí en el Ecuador, esa es la relación que tenemos de lo que hemos averiguado con la Superintendencia de Telecomunicaciones y de eso no tenemos documentos pero son las datos que nos dan de ANDINATEL, de la Superintendencia de Telecomunicaciones y de algunas personas con las que nos hemos puesto en contacto, pues fue Andinatel, la que les encontró en este tráfico ilegal , es de que las personas que trabajaron en AMERICAN LINK después quisieron presentarle una oferta con el nombre de INSATEL, una oferta que hicieron en nombre de ellos y en nombre de la Empresa que en ese tiempo pertenecía al Sr. Isaías, eso es lo que consta de INSATEL.

Acabada la explicación del Director técnico de Telecomunicaciones se dieron varias intervenciones sobre la conveniencia de dejar entrar a INSATEL ya que

esta empresa tenía una buena propuesta y a un buen precio por lo que el Presidente del Directorio manifestó que la mejor forma de resolver esta situación era mediante votación así que se procedió a la misma y el resultado fue el siguiente:

INSATEL: 3 votos a favor, 4 en contra; BTC: 3 votos a favor, 4 en contra; ON CALL: 0 votos a favor, 7 en contra; IDS: 0 votos a favor, 7 en contra; STARCOM: 0 votos a favor, 7 en contra; SIMPLE: 7 votos a favor, 0 en contra. Después de la votación se dieron varias intervenciones por parte de los miembros del Directorio sobre el resultado de la misma ya que habían calificado solo a una y analizaban la posibilidad de invitar a otras compañías.

Concluyó la sesión con la siguiente resolución:

...El Directorio luego de escuchar el informe de la Comisión y los diferentes criterios emitidos por los señores directores, decide declarar que esta resolución quede en reserva a fin de darle el tiempo a la Gerencia y a la Comisión para que hablen con IDT para ver si se consolida el paquete IDT, SIMPLE. De igual manera, resuelve comisionar en su viaje a Estados Unidos a los señores presidente, Gerente y Director Técnico de Telecomunicaciones para que traten directamente con los representantes de SYSNET, sin perjuicio de que los señores miembros de la Comisión puedan hablar con el representante local”

En la sesión de Directorio de 26 de noviembre de 1999, resuelven por unanimidad ...“ reabrir el proceso de selección de corresponsal para tráfico internacional, a la vez que ratifica la selección de la compañía SIMPLE⁷. Y a su vez la comisión presenta el informe sobre su labor realizada con fecha 24 de noviembre de 1999.

⁷ Acta N° 28 de la sesión extraordinaria del Directorio de ETAPA del 26 de noviembre de 1999, fjs 94 a 101 del juicio seguido en contra de ETAPA en el proceso de selección de carrieres para telefonía internacional.

El 13 de Diciembre de 1999, el Directorio de ETAPA se instala en sesión ordinaria para tratar e único punto del día que fue “ Conocimiento y Resolución sobre el informe presentado por la Comisión designada para la Negociación de Corresponsalía en Tráfico de Telecomunicaciones Internacionales”⁸

Esta sesión se inicia con la presentación y lectura del informe elaborado por los Miembros de la Comisión, documento que es anexado a la presente acta de sesiones.

Luego de haber escuchado el informe se dan varias intervenciones de los miembros del Directorio en las cuales realizaron consideraciones de carácter técnico respecto de las ofertas presentadas, así como de los diferentes parámetros que fueron considerados para la calificación.

El presidente del Directorio, pide al secretario que proceda con la votación de acuerdo con el cuadro de calificación presentado por la Comisión que fuera designada para el efecto.

La votación se la efectuó tomando en consideración los grupos de empresas que fueron clasificadas previamente y que se encuentran anotadas anteriormente, es decir por el grupo 1 se consideró a INSATEL, por el grupo 2 a BTC y por el grupo 3 a IDS obteniéndose los siguientes resultados: INSATEL: 5 votos a favor, 1 en contra y uno en blanco; BTC: 1 voto a favor, 4 en contra y 0 en blanco; e IDS: 5 votos a favor, 0 en contra y 2 en blanco.

La sesión del 13 de Diciembre de 1999 concluye con las siguientes resoluciones:

⁸ Acta N° 30 de la sesión ordinaria del Directorio de ETAPA del 13 de diciembre de 1999, fjs. 102 a 122 del juicio seguido por el proceso de selección de carreras de telefonía internacional.

1. El Directorio resuelve con cinco votos a favor, uno en blanco (que se suma a la mayoría) y un voto en contra. Como resultado seis votos a favor y uno en contra aceptar la propuesta presentada por la compañía INSATEL, para cursar tráfico de telefonía internacional desde y hacia Cuenca.

El Directorio resuelve con cuatro votos en contra y tres a favor, no aceptar la propuesta presentada por la compañía BTC, como corresponsal dentro del proceso de selección para la prestación de servicios de telefonía internacional.

2. El Directorio resuelve con cinco votos a favor y dos en blanco (que se suma a la mayoría). Resultado siete votos a favor para aceptar la propuesta planteada por la compañía IDS para cursar tráfico e telefonía internacional desde y hacia Cuenca.

El Gerente de ETAPA indica que de acuerdo a la votación realizada por el Directorio de la Empresa se establece que las compañías INSATEL, IDS y SIMPLE entrarán a prestar los servicios de corresponsalía dentro del Proceso de Prestación de servicios de Telefonía Internacional de ETAPA

En sesión de Directorio de 27 de enero de 2000, se sometió a votación, en cuanto se refiere a la negociación con BTC, obteniéndose el siguiente resultado: cinco votos en contra y dos a favor.

Sobre la participación de los miembros del Directorio en reuniones con representantes de las compañías se han presentado los siguientes hechos:

En sesión de 15 de noviembre de 1999⁹ resolvió: “ Comisionar en su viaje a los Estados Unidos a los señores Presidente, Gerente y Director Técnico de

⁹ Acta N° 27 de la Sesión Ordinaria del Directorio de ETAPA del 15 de noviembre de 1999, f. 85 del Juicio seguido en contra de ETAPA en el proceso de selección de carriers de telefonía internacional.

Telecomunicaciones para que traten directamente con los representantes de SYSNET, sin perjuicio que los señores miembros de la Comisión puedan hablar con el representante local”

El Presidente del Directorio en Confesión Judicial presentada ante el Juez Segundo de lo Civil de Cuenca, acepta que “ se reunió con el Gerente de BTC.

En sesión extraordinaria de 28 de diciembre de 1999 el Miembro de la Comisión y Representante de las Cámaras denunció ante el Directorio que luego de la sesión del 13 de diciembre tuvo una visita de un emisario de los señores de BTC, que representaba al estudio Moeller de Guayaquil, que le venía a hacer una serie de advertencias por su posición, que no estaba bien como se había actuado en la votación, ya que no podía haber votado en contra del informe de la Comisión. El miembro Representante de las Cámaras además dijo que el había sido bien claro que él no tenía que darle cuentas a este señor de nada y al único que tenía que darle cuentas de su actuación es a las Cámaras de la Producción que fueron las que le eligieron así mismo expresó que ese encontraba muy molesto por las amenazas de este señor que le amenazó con enjuiciarlo o con demandarlo, pero que el le había dicho que el no temía nada porque tenía su conciencia tranquila.

En sesión reservada de 28 de Diciembre de 1999¹⁰, el Presidente de Directorio solicita:...“que se escuche en el Directorio al delegado de BTC: insistió al Directorio en que se resuelva la reconsideración propuesta; indicó que el también ha recibido presiones y también dulces; que los Olloqui han quedado de rufianes, que el conoce personalmente a los señores Olloqui pudiendo manifestar que se trata de buenas personas y que solo recibió de ellos una invitación”

¹⁰ Acta N° 31 de la sesión extraordinaria del Directorio de ETAPA del 28 de Diciembre de 1999 fjs 132 a143 del juicio seguido en contra de ETAPA en el proceso de selección de carrieres de telefonía internacional.

El 29 de marzo de 2000¹¹, un Diputado, presenta un informe con juramento ante el juez Segundo de lo Penal de Cuenca, publicado en un Diario de esta ciudad, sobre hechos relacionados con las negociaciones llevadas a efecto por la Empresa ETAPA en la selección de compañías para la prestación de servicios de tráfico de telefonía internacional, en el cual sostiene que el sábado 20 de noviembre de 1999 en la Ciudad de Miami, el Alcalde de Cuenca y a su vez Presidente del Directorio de ETAPA se reunió con el asesor de INSATEL e IDS, así como también indica que “ En la misma ciudad de Miami, en el mismo hotel, el Alcalde se dio tiempo para reunirse también para reunirse también con los ejecutivos de BTC”

Con las dos primeras Compañías anotadas posteriormente se firmarían los contratos de prestación de servicios para el Trafico de Telefonía Internacional.

En el mismo informe, el Diputado sostiene que el 27 de noviembre de 1999, el Presidente del Directorio de ETAPA y el presidente de la Comisión encargada de analizar las ofertas, estuvieron en Miami de tránsito a la ciudad de Marruecos, y se reunieron con los representantes de las compañías BTC, INSATEL e IDS.

El 28 de diciembre de 1999¹², el Directorio sesionó de manera extraordinaria, dentro de la cual desde las 17H50 hasta las 19H10 resuelven sesionar en forma reservada, la misma que fue levantada en sesión ordinaria de 14 de febrero de 2000, en este lapso se conocieron los siguientes aspectos manifestados por los Miembros del Directorio:

¹¹ Informe con juramento del Diputado Carlos González ante el Juez Segundo de lo Penal del Azuay, fjs 278 a 281 del Juicio seguido en contra de ETAPA en el proceso de selección de carrieres de telefonía internacional.

¹² Acta N° 5 de la sesión ordinaria del Directorio de ETAPA del 14 de febrero de 2000, fj. 528 del juicio seguido en contra de ETAPA en el proceso de selección de carrieres de telefonía internacional.

El Representante de la Ciudadanía expresó:..”que ha visto con preocupación la actitud inmensamente vehemente de.. (Presidente de la Comisión), asumiendo que es por lo empapado que estuvo en el tema, incluyendo su viaje a Miami, y que nadie tuvo la vehemencia en sacar las resoluciones en determinado sentido, que él (Presidente de la Comisión) se auto integró a una comisión que fue a la Superintendencia y le preocupó la actuación no indagatoria sino en defensa de las compañías a las que estaban investigando, que se atreve a referirse al (Representante de los Funcionarios Municipales) (Presidente de la Comisión), vinculados al Alcalde, porque tuvieron actuación definida en este asunto: “ Hay que ser concretos y parecer concretos”.

El representante de los Funcionarios Municipales: “... manifiesta también que las cosas se van obscureciendo pero que no ha estado presionado y que desearía referirse con documentos, manifiesta que tiene los informes de la Comisión y que sus miembros tenían toda la versión y que recién estamos revisando si existieron informes, por lo que todas las adjudicaciones estarían quedando e el vacío”... que debe volverse a revisar la documentación con sus antecedentes”

El Presidente de la Comisión manifestó entre otras cosas...” la vehemencia de su persona que ha sido mencionada es parte de su temperamento y estima que no lo descalifica, manifiesta también que él no diferencia la reserva de una sesión con la actuación pública; y que él se incluyó en la comisión que visitó a la Superintendencia de Telecomunicaciones porque cree que el (Representante de la Ciudadanía) y, el (Director de Telecomunicaciones) están prejuiciados y temía que traigan una versión sesgada al Directorio... expresó también que con respecto a las atenciones que recibió en Estados Unidos indicó que el verificó las instalaciones con que contaban las compañías y comprobó lo que eran INSATEL, IDS, IDT...

Al respecto se solicitó información sobre la visita realizada mediante oficio de 25 de abril de 2000, el Presidente de la Comisión manifestó: “En ningún momento en la fecha que usted indica se efectuó sesión reservada alguna del Directorio de la Empresa ETAPA, por lo tanto, no puedo dar información respecto de algo que no sucedió o que no tiene el sustento legal que corresponde, es mas, con fecha 17 de abril del presente año, en sesión ordinaria del Directorio de la Empresa ETAPA, se determinó en forma unánime por parte de los vocales del Directorio, que en ningún momento hubo sesión reservada y que por lo tanto, las notas recogidas por el Gerente de ETAPA, no pasan de ser simples apuntes personales sin ninguna validez”

Con oficio sin número de 9 de mayo de 2000, los Miembros de la Comisión adjuntan copia del acta de sesión ordinaria de ETAPA de 17 de abril de 2000, en la cual en el orden del día, como punto dos consta “Aprobación del acta de la Sesión de 10 de abril de 2000 y de la parte reservada del 18 de diciembre de 1999.

Uno de los miembros del Directorio mociona: “ En virtud de que no se ha cumplido con el requisito establecido en el artículo 6 del Reglamento de Sesiones del Directorio de la Empresa que establece “Que las sesiones ordinarias y extraordinarias serán públicas, no obstante, cuando alguno de los Miembros del Directorio juzgue que unos de los puntos a tratarse debe hacérselo en forma reservada, el Directorio informado brevemente del asunto y sin discusión alguna resolverá dar paso o no a esta resolución con la votación favorable de al menos las dos terceras partes de los concurrentes. No se considere dentro del acta la parte reservada de dicha sesión”

El Presidente de la Comisión apoya esta moción.

El Representante de los Colegios Profesionales y nuevo miembro del Directorio, salva el voto por no haber estado presente en aquella sesión.

El Concejal del Cantón, incorporado el 7 de Marzo de 2000 como Miembro del Directorio de ETAPA “apoya la moción”

Sin que conste el voto del resto de los miembros asistentes a esta sesión, se resuelve así: El Directorio resuelve por unanimidad...” no se considere dentro del acta la parte reservada de dicha sesión”

En sesión extraordinaria de 27 de enero de 2000¹³ el Directorio resuelve:...“Con cinco votos a favor y dos en contra, dar por terminado el proceso de selección de corresponsalía para tráfico internacional de telecomunicaciones, debiendo concluir los trámites para la firma de los contratos con las tres empresas seleccionadas.

Para llegar a esta resolución se tomaron en cuenta algunos aspectos como la situación de algunas empresas que se habían quedado pendientes su calificación.

Finalmente las sesiones del Directorio para tratar los asuntos relacionados con este proceso de selección concluyeron con la sesión celebrada el 14 de febrero de 2000¹⁴, en la cual recibieron en Comisión General al Diputado de la Provincia del Azuay, quien presentó documentos respecto de que la compañía INSATEL, contratada por ETAPA, a través de su filial en el país AMERICAN LINK, había incurrido en el tráfico ilegal de telefonía como es el by pass.

Luego de varias deliberaciones se resuelve por unanimidad:

¹³ Acta N° 3 de la sesión extraordinaria del Directorio de ETAPA del 27 de enero de 2000, fjs. 494 del juicio seguido en contra de ETAPA e el proceso de selección de carrieres de telefonía internacional.

¹⁴ Acta N° 5 de la sesión ordinaria del Directorio de ETAPA del 14 de febrero de 2000, fjs. 495 a 529 del juicio seguido en contra de ETAPA en el proceso de selección de carrieres de telefonía internacional.

1. “ que se levante la reserva de la sesión del Directorio de 8 de noviembre y de la sesión del 28 de diciembre de 1999”
2. “ Dar un voto de confianza a la administración de ETAPA y concretamente al Gerente y a los Funcionarios que han intervenido como apoyo en el proceso de selección de carriers para la operación de telefonía...”
3. Que la Asesoría Jurídica, o de ser necesario un abogado externo, preparen la demanda civil de nulidad del contrato firmado con INSATEL. Preparen la denuncia penal respecto a quienes ocultaron información a ETAPA; y, mientras duren los procesos penal y civil, sea mínima la participación de INSATEL, en la operación de telefonía internacional.

1.2. Antecedentes de la acción penal

En el programa radial “ Comisaría 2000” de Radio el Mercurio del día 18 de febrero de 2000 un diputado de la provincia del Azuay y uno de los miembros del Directorio de ETAPA, afirman tener conocimiento de la comisión de actos de corrupción, así como de varios delitos punibles y perseguibles de oficio, perpetrados durante el proceso de selección de los carriers para que ETAPA pueda brindar el servicio de telefonía internacional, situación que es divulgada ampliamente por la prensa, siendo de cabal conocimiento público

El Arq. Fernando Cordero Cueva, alcalde de la ciudad, el 21 de febrero de 2000¹⁵, presenta la denuncia “para que se incoe el autocabeza de proceso penal indagatorio con el fin de dar con los autores, cómplices y encubridores de los delitos de cohecho o concusión que han sido aludidos en varias oportunidades por los dos ciudadanos antes nombrados (diputado de la provincia y miembro del directorio), delitos que de ser ciertas las versiones debieron haberse producido en el último trimestre de 1999 o en el primer mes y

¹⁵ Denuncia presentada por el Alcalde de la ciudad de Cuenca, fjs.192-193 del juicio seguido en contra de ETAPA en el proceso de selección de carriers de telefonía internacional.

medio del presente año, en un lugar y a una hora que no puedo determinar por el momento”.

Con esta denuncia se dicta auto cabeza de proceso el 29 de febrero de 2000.

¹ Acta N° 5 de la sesión ordinaria del Directorio de ETAPA del 14 de febrero de 2000, fjs. 495 a 529 del juicio seguido en contra de ETAPA en el proceso de selección de carrieres de telefonía internacional.

¹ Denuncia presentada por el Alcalde de la ciudad de Cuenca, fjs.192-193 del juicio seguido en contra de ETAPA en el proceso de selección de carrieres de telefonía internacional.

CAPITULO 2

ANÁLISIS JURÍDICO DE LOS TIPOS PENALES ADMINISTRATIVOS INVOCADAS

2.1.- PECULADO.

Siguiendo al tratadista Giovanni Carmignani, tenemos que, el peculado, que se deriva de la palabra pecus, ganado, en lo cual consistía la riqueza de los antiguos, “es el hurto del dinero público o sagrado, cometido por quien lo conservaba no por cuenta suya”. Para el peculado existía entre los romanos la sanción de la ley Julia, que lleva como título (por afinidad de estos delitos entre sí) Peculatus et de sacrilegiis et residuis.

Se duda si esta ley se promulgó bajo Cayo Julio César, mas bien que bajo Augusto. Como hemos tratado ya del sacrilegio, hablamos ahora de peculado, examinado 1º.- que se entiende por dinero público; 2º.- que personas pueden cometer este delito; 3º.- cuales son sus especies.

1º.- Se llamaba dinero público el que pertenecía propiamente al pueblo romano. Esta definición convenía perfectamente al estado democrático de los romanos; pero comoquiera que la administración pública fue ocupada por una sola persona, la cosa cambió, aunque permanecieron las cosa antiguas. PAPIANO, siguiendo el antiguo significado de las palabras enseñó que el sustraer dinero a una ciudad o a un municipio no constituía peculado, sino hurto. Por el contrario, los emperadores romanos Trajano y Adriano mirando más a la cosa que al valor tradicional de las palabras, admitieron la acusación por peculado en el caso de sustracción de dinero perteneciente también a una ciudad. Entre los toscanos se llama dinero público, no solo el que pertenece al soberano, sino también al de las ciudades, los municipios y de cualquier otro establecimiento público.

2º.- No todo hurto de dinero público es peculado, sino que debe considerarse la calidad del ladrón, habida cuenta de su persona, y del título mediante el cual el dinero público es por él poseído. En cuanto a la persona incurren en este delito los tesoreros, los recaudadores, los cajeros, los superintendentes de los servicios de abastos, y del cobro de los tributos, los jueces, y generalmente

los administradores de dinero público; a estos se deben agregar, por causa de complicidad, aquellos que con su cooperación hubiesen facilitado el delito, de suerte que un particular que hubiese robado aun cajero deudor de cantidad, no es reo de peculado sino de hurto. Además en cuanto al título por el cual se posee el dinero, no eran, según el derecho romano, imputables de peculado los que se apropiaban del dinero público que poseía por su cuenta y del cual eran deudores de cantidad y no de especie. Estos eran considerados como deudores privados del Estado y no reos de este delito, y, según la opinión de algunos, podían ser acusados de falta de residuos o saldos. En Toscana los administradores que se apropian de del dinero público a ellos confiado sea poseído por su cuenta y riesgo, o no, son reos de peculado indistintamente.

3°.- Según el derecho romano cometían peculado los que mediante mezcla deterioraban oro, plata o dinero públicos; los que, estando asignados al servicio de la casa pública de moneda, acuñaban monedas por cuenta propia y no del soberano, o se llevaban las ya acuñadas; los que sustraían oro o plata de las minas imperiales; los que en los registros públicos se hacían adeudar sumas de dinero inferiores de las que por ventas o arrendamiento habían cobrado; los que se hubieran llevado o cambiado una tablilla de bronce que indicaba las condiciones bajo las cuales poseían los campos o las formas de los campos u otro detalle referente a ellos; los que borraban o alteraban de otro modo las escrituras públicas; los que el dinero público tomaban cualquier cosa o daban algo en préstamo; los que robaban a los saqueadores, las cosas saqueadas a los enemigos.

Es reo de residuis el que conserva en su poder y no gasta el dinero público, recibido por él para u uso determinado; o que igualmente tiene en su poder dinero público que estaba destinado a determinado fin y no lo empleaba en el; un administrador público que o no declara o declara después de transcurrido un año el remanente, esto es, los restos o residuos del dinero recaudado por él, por concepto de arrendamientos ventas o provisiones alimenticias y otras causas semejantes; mientras que a quien hacía esta

declaración antes del año, la ley romana lo tenía simplemente por deudor particular del fisco.

En virtud de la ley Julia en sus comienzos la pena del peculado era la interdicción del agua y del fuego, pena que luego fue sustituida por la deportación. Después los administradores públicos que cometían este delito y sus auxiliares eran castigados con la muerte. Se otorgaba además la acción del cuádruplo del dinero sustraído, la que tenía lugar también contra los herederos, pero no más allá del año después de la muerte de su causante. La pena de este peculado impropio era pecuniaria, esto es, consistente en la condena del reo de este delito a pagar al fisco un tercio mas de lo que debía. En Toscana el peculado se castiga como el hurto calificado¹⁶.

En Las Partidas disponían castigar al oficio del rey en los caso de hurtar los maravedíes o tesoros en guardia.

Luego, las diferentes legislaciones han adoptado diferentes represiones para las diversas formas de peculado y así en la legislación venezolana se castiga con presidio de tres a diez años a todo funcionario público que, sustrajere los dineros a otros objetos muebles de cuya recaudación, custodia o administración éste encargado en virtud de sus funciones.

Como se ve es una forma agravada de hurto o apropiación indebida de cosa ajena porque el sujeto activo es calificado: funcionario público, con la modalidad concreta que debe cometerlo en razón de su cargo.

Se debe anotar que la circunstancias de presentar fianza, para desempeñar una función pública no elimina el delito, porque lo contrario significaría que con ello se legitimaría un hecho ilícito, que resulta absurdo.

En el Ecuador, realmente, las garantías pedidas por el Fisco son irrisorias y no tienen ninguna proporción.

¹⁶ GIOVANNI CARMIGNANI "Elementos de Derecho Criminal", Editorial TEMIS Librería Bogotá-Colombia 1979, pp494-497.

Ya se dijo que el verbo principal de la figura es “abusar” que significa: usar mal, excesiva o indebidamente alguna cosa..

“Abuso” del latín “abusus” es la acción o efecto de dicho verbo y, por lo tanto, tiene un amplio campo de aplicación, en todo aquello que la lógica indique que ha habido u mal uso.

2.1.1. Análisis Jurídico del tipo

MALVERSACIÓN DE CAUDALES PÚBLICOS

Al respecto veremos algunos conceptos dados por los autores, así comenzaremos con ALFREDO ETECHEBERRY¹⁷, parte del empleado público, para referirse a éste tipo penal, y nos dice: Posteriormente, y ya en nuestros días, se considera al empleado público que teniendo a su cargo caudales públicos o de particulares en depósito consignación o secuestro, los sustrajere o consintiere que otro los sustraiga. La penalidad se gradúa de acuerdo con la cuantía de la sustracción. Esta forma de delito se conoce tradicionalmente como peculado

Dentro de esta figura es necesario que los caudales o efectos estén al cuidado del funcionario por razón de su cargo. Las disposiciones del Derecho Público, y particularmente del Derecho Administrativo serán las que determinen cuando los caudales o efectos están al cuidado del funcionario por razón de su cargo. Será preciso que el funcionario desempeñe el cargo en alguna de las calidades que el Derecho Administrativo contempla, en virtud de disposición legal o de formal nombramiento, y también que el cargo, dentro de las disposiciones legales o reglamentarias vigentes, lleve consigo la custodia de los fondos malversados.

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 un hurto. Simple o calificado por abuso de confianza pero no esta figura delictiva.

¹⁷ ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho Penal, Tomo 4, Editora Nacional Gabriela Mistral Impresores, pp. 212-219

El objeto material del delito está constituido por los caudales o efectos públicos, concepto ya analizado, o de particulares, siempre que se encuentren a cargo del empleado público en razón de sus funciones.

La acción misma constitutiva del delito consiste en sustraer o en consentir que otro sustraiga. Sustraer significa una acción material de apoderamiento que hace salir la cosa de la esfera de custodia de su titular. Al hablar de la sustracción de documentos nos referimos a la necesaria distinción, en estos delitos, de la esfera de custodia del empleado como funcionario y como persona privada. La primera es la que sirve para precisar el delito. La mejor distinción entre la una y la otra se obtiene suponiendo mentalmente que un día sea reemplazado el funcionario por otra persona; si esta última sigue teniendo la custodia de los fondos, ello quiere decir que estos todavía no han sido sustraídos. Esta distinción es imprescindible, porque en esta figura, a semejanza de lo que ocurre en el delito de apropiación indebida, los fondos sustraídos se encuentran ya dentro de la esfera de custodia del delincuente, que no necesita extraerlos o trasladarlos desde el resguardo de otra persona. La sustracción puede además consistir en quedarse con los caudales o efectos antes de que ellos ingresen materialmente en arcas fiscales, lo que no les quita su carácter de fondos públicos desde el punto de vista jurídico. En cuanto a la conducta “consentir en que otro los sustraiga”, puede consistir en una conducta activa o meramente pasiva, pero en todo caso debe ser dolosa; no basta la negligencia. Puede o no existir concierto con el tercero que sustrae los fondos; ello es indiferente para los efectos típicos.

Por otro lado para EUSEBIO GOMEZ¹⁸, tenemos que el Peculado para este autor es una de las modalidades de la malversación:

La materialidad del delito consiste en la sustracción de los caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia hubiere sido confiada al funcionario público por razón de su cargo.

¹⁸GOMEZ Eusebio, Tratado de Derecho Penal, Tomo 5 Compañía Argentina de Editores 1985, pp.523-547.

Se sustraen los caudales o efectos cuando de ellos se apropia el funcionario público.

Sujeto activo del hecho no puede ser sino un funcionario público. Es necesario que al agente le haya sido confiada, por razón de su cargo, la administración, percepción o custodia de los caudales o efectos sobre que recae su actividad delictuosa.

El elemento psicológico del delito está constituido por la intención de sustraer, en beneficio propio o de un tercero, los caudales o efectos confiados al funcionario público. Por otra parte, en cuanto al PECULADO que según el autor que acabamos de citar es una forma de malversación, tenemos que el tratadista Argentino Sebastián Soler¹⁹ hace un análisis en los siguientes términos, la figura tradicional del peculado corresponde según el Código Penal Argentino al funcionario público que sustrajere caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo. Así mismo el funcionario que empleare en provecho propio o de un tercero trabajos o servicios pagados por una administración pública, dejando de lado el régimen especial que se establecía para el acto de disponer de los fondos para usos privados, según se efectuara o no el reintegro de ellos. Si el reintegro no tenía lugar, el hecho era juzgado peculado común.

Hemos expuesto ya todo cuanto se refiere al sujeto activo.

De ello se deduce que el particular, fuera de los casos de equiparación, solamente puede participar en el hecho en forma accesorio, de acuerdo con los principios generales. No existiendo participación en el hecho del funcionario, el particular solo incurrirá eventualmente en alguno de los delitos contra la propiedad.

También hemos expuesto los principios de acuerdo con los cuales los bienes son calificados como públicos a los fines del peculado.

El presupuesto característico de este delito coincide con el abuso de confianza, con la diferencia de que en el presente caso las funciones de custodia derivan de una situación oficial o son legalmente definidas: los bienes

¹⁹ SOLER Sebastian, Derecho Penal Argentino, Tipográfica Editora Argentina 1983, pp. 179-186

son confiados por la razón misa del cargo. Son aplicables, por lo tanto, en este punto, los principios expuestos con respecto a la retención indebida. En cierto sentido, puede decirse que el peculado es una retención indebida calificada, y que la calificación deriva de que el abuso es cometido por funcionario público, en contra del Estado como propietario o guardián de ciertos bienes, y con abuso de función.

En consecuencia, no basta que los bienes estén al alcance del funcionario para que la sustracción constituya peculado.

Con respecto a la entrega instrumental de cosas son de estricta aplicación los principios: el grado de autonomía acordado para la tenencia es lo que decide. De acuerdo con ello, no comete malversación el escribiente que sustrae objetos del escritorio; la comete, en cambio, el agente que vende el revólver.

Para decidir la existencia de una esfera de custodia transferida, debe atenderse, en primer lugar, a las disposiciones de la ley, pero son igualmente obligatorias las relaciones fundadas en reglamentos, incluso internos, y aún en la simple práctica consuetudinaria, por cierto que no contraria a ley.

Presentase grave dificultad con respecto a la situación de un usurpador, caso al cual algunos autores le dan soluciones contradictorias. No parece que el caso pueda resolverse sin distinciones. Si se trata de un funcionario de facto, que como funcionario actúa, esa actuación solamente es posible o por consentimiento de órganos superiores o por descuido de estos.

En ambos casos, el sujeto presenta el aspecto del funcionario legal: el pago hecho a él en buena fe, es un pago hecho al fisco y, en consecuencia, la sustracción que el ejecute es peculado. Análoga es la situación del empleado incompetente que se cree competente para recibir una suma. En casos de este tipo es preciso ser cuidadoso, porque la calificación de un hecho como peculado o como defraudación tiene la consecuencia de hacer cargar con el desfaldo al particular o al fisco según el caso. A nuestro Juicio, sin embargo, el paralelismo no es perfecto. En el caso de un usurpador circunstancial, cuyo único objeto sea el de apoderarse de las sumas que el público irá a pagar, deberá resolverse que el sujeto defrauda o hurta; pero no parece que ese

perjuicio pueda hacerse recaer sobre los inocentes contribuyentes que han ido a pagar al local donde siempre lo han hecho.

Al funcionario, en razón del cargo, debe haberle sido confiado la administración, percepción o custodia de los bienes. La confianza no se refiere, por lo tanto, únicamente a la tenencia material de la cosa, sino a la facultad de disponer de ella, ya que administrar no importa exclusivamente tener bajo custodia física. A consecuencia de esto, la malversación puede asumir la forma de las mas variadas disposiciones. Supóngase, por ejemplo que se hagan un nombramiento con el expreso convenio de que el designado no desempeñará función alguna. Es evidente que cada vez que se paga el sueldo a semejante empleado se ejecuta un peculado dependiente del primitivo decreto y convenio, puesto que se hace pagar al fisco un servicio inexistente.

La acción está definida por el verbo sustraer, y en esto, que es importante debe considerarse que el empleo de esa expresión importa una mayor severidad con respecto a la concesión de facultades dispositivas sobre la cosa. Ya vimos, en efecto, cual era la consecuencia de fijar en el momento consumativo el abuso de confianza sobre la base de la no devolución a su debido tiempo, con respecto a ciertos actos de uso de la cosa.

La sustracción consiste en el acto de poner los bienes fuera del alcance de la custodia bajo la cual las leyes, los reglamentos o, en general, las disposiciones las colocan. Para la consumación del delito es necesario poder afirmar que ese vínculo, en algún momento ha sido quebrantado.

Este enfoque es de importante consecuencias, porque facilita la solución práctica de casos diversos. Es evidente, en efecto, que cuando se trate de fondos, particularmente de dinero que se encuentre en caja, el peculado queda consumado tan pronto como aquel ha sido incorporado al propio patrimonio, cuando se lo ha sometido a esos riesgos que según dijimos, el dinero del fisco no corre.

En estos casos el concepto de peculado es muy simple: consiste en extraer lo que en la caja esta, en impedir que ingrese lo que como funcionario se recibe para hacer ingresar; finalmente, en emplear los fondos en uso privado. Basta pues comprometer el dinero, porque ello basta para hacerle perder al dinero del Estado la condición de ser una clase de fondos que solamente se mueven por actos de autoridad.

Por eso puede afirmarse que la sustracción de dinero, consuma siempre el peculado, aun cuando sea hecha con propósitos de restitución y aunque efectivamente se los restituya. Lo importante en esos casos es haber empeorado la situación del dinero desde el punto de vista de sus riesgos.

Esta situación no ha empeorado, en cambio, mientras el encargado de percibir personalmente ciertos impuestos mantiene el dinero en su poder. Los receptores, a los cuales se les entregan cuentas fiscales se encuentran en una situación muy distinta. Su misión es cobrar, guardar el dinero sobre su persona y presentar una pequeña rendición de cuentas: el dinero que entregan en ese momento es realmente fungible hasta ese instante, porque no es necesario en absoluto que entreguen exactamente el mismo que recibieron. En ese caso, pues, el delito se consuma por la fórmula del debido tiempo, y ese tiempo se determina de acuerdo con las formas fijadas legalmente o, en su defecto, habitualmente, por su liquidación que puede ser diaria, semanal o mensual, según los casos.

Con respecto al dinero, la distinción que dejamos hecha entre el que simplemente maneja los fondos y el que los guarda su periculo ha sido tan influyente, que incluso en la legislación toscana el uso del dinero tenido a propio riesgo, seguido por la imposibilidad de reposición, era previsto como una figura distinta, mucho mas benigna, bajo el nombre de quebranto de caja.

También se resuelve de acuerdo con el enunciado criterio la cuestión del llamado peculado de uso en general no castigado. Este naturalmente, se refiere no ya al dinero, sino a las cosas. El empleado abusivo de ellas no

constituye peculado: el empleo privado del automóvil oficial con nafta propia, no es peculado; no lo es llevarse a casa los elementos de trabajo de la oficina, por ejemplo, una máquina de calcular, para hacer cuentas, sean o no correspondientes al empleo. Lo decisivo en todos estos casos es la acción de quebrantar el vínculo de vigilancia.

En el caso del peculado, la existencia de una lesión al patrimonio fiscal constituye un elemento del corpus delicti. En general, pues, el juez no podría declarar un quebranto de caja, cuando de acuerdo con los reglamentos administrativos esté legítimamente pendiente la obligación de rendir cuentas. Por otra parte, difícilmente podría declarar una sustracción, si según la autoridad encargada de llevar el inventario no falta nada. Esto no importa limitar las facultades del juez ni acordar facultades de encubrimiento a ningún funcionario, por alta que sea su posición. Pero para que pueda intervenir el juez sin ningún pronunciamiento o incitación administrativa, será preciso, q lo menos, que sospeche la existencia de un error de parte de los funcionarios administrativos.

De los tratadistas anotados podemos ir sacando algunas conclusiones:

La Acción Típica.- La acción reprimida es la de sustraer, lo cual significa extraer o quitar los bienes de la tenencia en la esfera administrativa, en que ellos han sido colocados por las leyes, reglamentos u ordenes legítimas²⁰. No se trata indispensablemente de un apoderamiento o de una apropiación, puesto que no es necesario que el agente actúe con el ánimo de hacer penetrar el bien en su propia esfera de tenencia o en la de un tercero; sustrae el que quita el bien de la esfera de tenencia administrativa, aunque solo lo haya hecho con la exclusiva voluntad de apartarlo o separarlo de ella. La sustracción no se satisface con el simple uso del bien -por ilegítimo que sea- sin que sea separado de la tenencia de la administración; el bien tiene que ser consumido, destruido, transformado o hecho desaparecer, de tal modo que implique quebrar la tutela pública en que se hallaba; claro está que, en ocasiones el uso equivaldrá a la sustracción. Pero ello no ocurre siempre.

²⁰ CREUS Carlos, Derecho Penal Parte Especial, Tomo II, Editorial ASTREA 1983, pp.324-329.

La esfera de custodia o tenencia de la cual tienen que separarse los bienes para que se de el peculado, es dentro de la actividad patrimonial del Estado, la que representa el funcionario por pertenecer a su competencia según la ley, el reglamento o la orden. No comete el delito el funcionario que seca el bien de custodia o administra otro funcionario.

Objetos.- Los objetos materiales son los caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le han sido confiada al funcionario por razón de su cargo, es obvio que tiene que tratarse de caudales o efectos públicos, según dijimos al hablar de malversación. También al tratar de este delito explicamos cual es el concepto de administración. Percepción es la función de recibir bienes para la administración para ingresarlos o regresarlos a ella, siempre y cuando sea para integrarlos en la pertenencia de la administración, ya que solo entonces adquirirán carácter de públicos. Custodia es la actividad de cuidado y vigilancia sobre los bienes, que importa su tenencia, y realizada como función administrativa; no lo es la mera actividad administrativa de vigilancia. La administración, la percepción y custodia deben haber sido confiadas al agente (funcionario) en razón de su cargo; aquí se suscita una interrogante ¿es suficiente la entrega facultativa o es necesario que la entrega sea obligada o determinada por las leyes, reglamentos u ordenes legítimas? La doctrina en su gran parte se ha pronunciado en el sentido de que el tipo no se refiere a la entrega facultativa sino a la impuesta o autorizada por las disposiciones administrativas en cuanto otorgan competencia al funcionario para realizar dichas funciones; el funcionario incompetente no ingresa en el círculo del peculado, según lo dejamos dicho al hablar de la conducta típica.

Autor.- Como ya lo hemos explicado, autor solo puede serlo el funcionario que tiene competencia para administrar, percibir o custodiar los caudales o efectos. No lo es el usurpador que haya entrado en la tenencia de los bienes por otros medios, pues entonces no será un funcionario al que se le hayan confiado aquellos por razón de su cargo. Admite cualquiera de las formas de participación.

Vale hacer un análisis de un tipo de peculado, ligado con mi tesis este es el:

Peculado de Trabajos o Servicios.- En este particular peculado se procura tutelar “el probo desenvolvimiento de la actividad patrimonial del Estado” y su regularidad.

Acción típica.- Emplear es utilizar el trabajo o servicio, o sea, afectarlos a un destino. Para que tal empleo sea típico, el trabajo o servicio tiene que haber sido destinado a satisfacer necesidades del agente que los dispone o de un tercero. Quiere decir que lo que se pune realmente es la desafectación del trabajo o del servicio de su destino administrativo, desviándolo hacia un destino extraño a la administración. Emplearlos en provecho propio o de terceros significa, por lo tanto, separarlos de la esfera administrativa, aunque el provecho no se traduzca en una ventaja económica para el agente o el tercero.

Objetos. Trabajos y servicios.- En lo que no se ha puesto de acuerdo la doctrina es en la distinción de los servicios y trabajos. No parece correcto excluir de la noción de “trabajos”, los de naturaleza intelectual; por tanto, serían todas aquellas tareas (físicas o intelectuales) que se emplean para la realización de una obra determinada. Mientras que los servicio son todas las tareas (también físicas o intelectuales) que sin estar destinadas a una obra determinada, se prestan dentro de una situación o estado del sujeto que los realiza y que se caracterizan por una cierta permanencia de la tarea con relación a la actividad administrativa. Así generalmente los empleados prestan servicios, los contratados para una obra dan trabajo, aunque nada obsta a que los servicios sean prestados por terceros.

Típicamente el trabajo o servicio que se distrae tiene que ser pagado por una administración pública, es decir, por una repartición pública, mediante una contraprestación al dador del servicio o del trabajo que puede ser sueldo, jornal o precio de obra, dándose esta circunstancia, su desvío entra en el tipo, aunque, como dijimos, el agente o el tercero pague, a su vez, el importe del servicio o trabajo que se le preste o se le dé.

Aspecto subjetivo.- la circunstancia de la acción punible de que los trabajos o servicios se empleen en provecho del funcionario autor del delito o de un tercero, plantea una exigencia de índole subjetiva: el autor tiene que querer destinar el trabajo o servicio a la satisfacción de necesidades o utilidades extrañas a la administración, aunque no persiga una ventaja de carácter patrimonial que como dijimos, no es requisito objetivo de la utilización del trabajo o servicio. La voluntad de desviar el trabajo o servicio del destino que reglamentariamente le corresponde, pero sin sustraerlo de la esfera administrativa, no constituye este peculado.

Autor.- Solo puede serlo el funcionario público, pero, según lo hemos adelantado, solo el que dispone administrativamente de los trabajos o servicios. El peculado, como cualquier otra malversación, nos pone ante la vigencia de un abuso funcional; malversa el que dispone de los bienes, y esta regla no cambia en el peculado de trabajos y servicios; no basta para ser autor la simple calidad funcional; es imprescindible que dentro de la función del agente este comprendida la competencia para disponer de los trabajos o servicios, es decir, para afectarlos a las finalidades fijadas por las leyes, reglamentos u órdenes.

Son aplicables los principios de la participación y hasta la ley se refiere a una particular figura de partícipe principal: el tercero que puede aprovecharse de los trabajos o servicios, cuando por supuesto, reúne las características del partícipe. CARLOS CREUS, Derecho Penal Parte Especial, Tomo II, Editorial ASTREA 1983, pp. 324-329.

Vale hacer un análisis respecto de la culpabilidad y el dolo, al respecto para GUSTAVO LABATUT GLENA ²¹, La forma culpable que puede revestir la apropiación o sustracción esta en el artículo que sanciona al empleado público que por abandono o negligencia inexcusable, diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos o de particulares.

²¹ LABATUT GLENA Gustavo, Derecho Penal Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, pp. 86-90

Uno de los elementos del delito de malversación es el de que el empleado público los tenga a su cargo, elemento que hay que admitir entonces que integra igualmente la malversación.

El abandono o negligencia inexcusable, es decir, que no admiten disculpa ni justificación, no han de resultar de un acuerdo con el que verifica la sustracción. El tercero comete un delito independiente, robo o hurto según los casos.

Por su parte para ALFREDO ETCHEBERRY²², Desde el punto de vista subjetivo, esta conducta es siempre y necesariamente dolosa.

La forma culposa de esta infracción se refiere al que por abandono o negligencia inexcusable diere ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos públicos o de particulares.

El concepto de “sustracción culposa” sería contradictorio consigo mismo; aquí lo que se sanciona es una conducta negligente, que esta en relación de causalidad con la sustracción que un tercero efectúa de los caudales o fondos. La diferencia esencial entre esta conducta y la de “consentir en que otro sustraiga” radica en el aspecto subjetivo y en este sentido bien puede decirse que esta figura es la forma culposa de la segunda forma de comisión del delito ya que en el uno no se impide la sustracción porque no se quiere impedirla, mientras que en este caso no se la impide porque se obra con abandono, con negligencia.

En cuanto a la conducta del tercero, será constitutiva, según los preceptos generales explicativos, del correspondiente delito contra la propiedad. Debe consistir en una sustracción, no necesariamente una “apropiación”

Para SEBASTIAN SOLER²³, Se reprime además el acto culposos en cuanto con el se haya dado lugar a un acto doloso. Existe sin embargo una diferencia de que en este caso el sujeto del delito es exclusivamente el funcionario encargado de la administración, percepción o custodia; la figura es culposa, y

²² ETCHEBERRY Alfredo, Derecho Penal, Tomo 4, Editora Nacional Gabriela Mistral Impresores, pp. 212-219

²³ SOLER Sebastian, Derecho Penal Argentino, Tipográfica Editora Argentina, 1983, pp.179-186.

no se extiende al particular, el cual no comete malversación ni peculado sino un delito contra la propiedad, que puede ser hurto, robo o defraudación, según los casos.

Si no existe acto doloso de un tercero, desaparece la figura culposa del funcionario.

La acción dolosa debe guardar estrecha relación con la culpa del funcionario: esta debe haber dado la ocasión de manera que haya hecho posible por ella misma la comisión del delito. Si la comisión de un grave robo con fractura coincide con la existencia de alguna infracción a los deberes de parte del funcionario, no se dirá que el ha dado ocasión al asalto. La aplicación del método de la supresión mental hipotética- que muestra la condiciones de un hecho- puede ser útil.

La punibilidad depende del hecho del tercero de manera que no puede hablarse de la existencia del delito antes del cumplimiento de esa condición, desde la cual la prescripción empieza a correr, y no desde la fecha en que la negligencia fue cometida.

La participación dolosa de ambos sujetos, se rige por los principios generales: el extraneus pasa a ser cómplice primario de malversación.

Por último, para acabar el análisis de éste tipo penal, es necesario referirnos puntualmente a las fases del inter crimines de éste tipo penal, como son:

Consumación y Tentativa.- Para CARLOS CREUS²⁴, Ya dijimos que la acción de sustraer se constituye en la de separar o quitar el bien de la esfera de custodia en que se encuentra y que es ejercida por el propio autor; por consiguiente, en principio, el delito se consuma cuando el bien ha sido quitado de la esfera de la tenencia administrativa. Cuando se trata de caudales o efectos que el funcionario tiene en administración o custodia, la consumación se produce cuando aquel los saca de su propia administración o custodia sin dejarlos dentro de otras que se ejercen en la misma administración, lo cual puede

²⁴ CREUS Carlos, Derecho Penal Parte Especial, Tomo II, Editorial ASTRE 1983, pp. 324-329.

hacer por distintos procedimientos, entre otros el de transformar la administración o custodia que ejerce funcionalmente en otra a título privado.

Por supuesto que el delito consumado no desaparece por la posterior restitución, aunque se la haga sin requerimiento alguno. Pero la solución no es tan sencilla cuando nos encontramos ante la figura del simple perceptor; una fuerte corriente de nuestra doctrina considera que la consumación del peculado se produce entonces con la omisión de ingresar los fondos en el tiempo debido según las reglamentaciones; si embargo, si se piensa que, al ser percibidos, ya los bienes han sido ingresados en la administración, ninguna dificultad habrá para que el delito se consume mediante su separación aun antes de que deban rendirse las cuentas pertinentes.

El peculado no requiere necesariamente una lesión patrimonial, ya que es indudable que la consumación se puede dar sin esa lesión, pero ello no importa desconocer que se está ante un delito de resultado en cuanto requiere la efectiva separación del bien de la esfera de tenencia de la administración. Lo cual indica que es perfectamente admisible la tentativa.

Para el mismo autor que venimos refiriéndonos CARLOS CREUS, por otro lado también señala que:

Consumación y tentativa.- El delito se consuma con el desvío de los trabajos o servicios de la esfera particular, es decir, con su utilización en provecho de un agente de un tercero; no basta aquí con que el trabajo o servicio haya sido separado de la administración, si no se lo ha utilizado, lo cual no implica que la consumación requiera que el trabajo o servicio haya llegado efectivamente a satisfacer la necesidad o utilidad del agente o el tercero, no que produzca otro resultado perjudicial, solo el consistente en la separación misma. No elude la consumación el hecho de que los servicios distraídos no sean efectivamente pagados por la administración al comprobarse el desvío, ya que la norma enuncia los trabajos o servicios que deban ser pagados por la administración, no que ella haya pagado. Ninguna dificultad hay en admitir la tentativa.

2.1.2. Posición de la Contraloría

La Contraloría General del Estado interviene en el juicio y sostiene en su informe lo siguiente: “que luego de una exhaustiva investigación y análisis a todo lo actuado por ETAPA, establece indicios de responsabilidad penal en contra de los miembros del Directorio de ETAPA, al existir presunciones de responsabilidad penal de ser los autores del delito tipificado y sancionado en el tercer artículo innumerado que se agrega al Art. 257 del Código Penal.

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

Quedan comprendidos en la misma disposición anterior y sujetos a igual pena los directores, vocales o miembros de organismos administradores del Estado o del Sector Público en general que, con su voto, hubiese cooperado a la comisión del delito al que se refiere el inciso precedente”.

En tal virtud con toda claridad se especifica en la denuncia presentada por la Contraloría el 26 de diciembre de 2000, los hechos que generaron el ilícito denunciado, bajo el título ANTECEDENTES en una forma clara se refiere en síntesis los hechos que con todos los detalles, constan en el Memorando e informe de auditoría¹⁰.

En lo que respecta a las disposiciones legales y reglamentarias transgredidas por los miembros del Directorio de ETAPA que con su voto favorecieron el ilegal

¹⁰ Memorando de antecedentes examen especial de Contraloría, fjs.1645 a 1682 del juicio seguido en contra de Etapa en el proceso de selección de carreras de telefonía internacional.

contrato celebrado con INSATEL al margen de la ley la Contraloría se remite al numera 1.1 del Título “DISPOSICIONES LEGALES Y REGLAMENTARIAS TRANSGREDIDAS” del escrito de denuncia de este organismo del 26 de diciembre de 2000, en el que se analiza minuciosamente este tema , de igual forma no se contó con un reglamento ya que ETAPA omitió elaborar en forma previa las bases del concurso que debían comprender, entre otras cosas, el pliego de condiciones y términos básicos de referencia, esta omisión produjo la Desigualdad de Condiciones, esto facultó para que los miembros concedan los contratos infringiendo la ley; en efecto el Art. 8 del Reglamento de Interconexión y Conexión entre Redes y Sistemas de Telecomunicaciones prescribe: “los Convenios de Interconexión y de Conexión deberán ajustarse a los principios de neutralidad, igualdad de acceso y trato no discriminatorio; y, el Art. 107 del Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones reformada dice...” Los acuerdos de Interconexión tenderán a minimizar los costos y maximizar la eficiencia de los sistemas interconectados. Se aplicaran los principios de Igualdad de acceso, neutralidad y no discriminación entre operadoras”.... en la denuncia consta que se violaron el Reglamento de Interconexión así como el Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones, así mismo la Contraloría hace nuevamente referencia al escrito de denuncia específicamente al Título II: “Indicios de Responsabilidad Penal” así como a las actas de Sesiones de ETAPA y hace una consideración especial a la de el 8 de noviembre de 1999, particularmente el perfecto conocimiento por parte de los miembros del Directorio sobre que se estaban violando expresas disposiciones legales para favorecer a una compañía cuestionada por tráfico ilegal de telecomunicaciones o by pass.

En esta misma sesión del 8 de noviembre el Director de Telecomunicaciones advierte al Directorio (Entendido en tráfico ilegal conforme así lo expresa en su testimonio propio)... “ el BY PASS si es penado en Latinoamérica.

En esta acta se desprende el temor que tiene el Directorio sobre la contratación que van a realizar al margen de la ley, de ahí que el Miembro del Directorio representante del Consejo Municipal llega afirmar:

“...es mas difícil comprarle a un juez en los Estados Unidos que venga uno de estos (se refiere a las empresas participantes) le ofrezca millones y le compra al juez ecuatoriano...”

“Etapa no pone un sucre, no arriesga nada, salvo, su credibilidad y su imagen corporativa impecable que tiene”

“Existe un mercado grande, es una Empresa grande y queremos que los contrabandistas trabajen con nosotros; que trabajen legalmente”

Concluyendo la denuncia de la Contraloría General que se fundamenta en la investigación realizada por la auditoria de control debidamente respaldada con pruebas fehacientes y que constan en el informe y memorando de auditoria, no viene sino a corroborar los hechos dolosos que obran de autos y que brevemente se han referido en este escrito.

Por lo que la Contraloría sostiene que se puede concluir que no existe la menor duda del cometimiento del delito de PECULADO tipificado en el tercer artículo innumerado agregado al Art. 257 del Código Penal, así como sus presuntos autores en contra de quienes recaen graves indicios de responsabilidad penal de ser los autores del delito denunciado por la entidad de control.

La doctrina universalmente aceptada sobre el delito de Peculado se refiere a que este ilícito se consume por la traición al normal funcionamiento de los deberes oficiales, del deber de probidad, celo y diligencia al que están obligados las personas a las que se les ha confiado la Administración Pública o encargado de un servicio público.

El Peculado se consuma no por el ataque a la propiedad sino por la traición al normal cumplimiento de los deberes oficiales encomendados por la ley, cuando se ha violado el deber de fidelidad para con la administración pública, es decir el peculado lesiona la confianza pública, para que el resultado se produzca es imprescindible que se menoscabe o se ponga en peligro la recta funcionalidad de la Administración Pública, aun sin el enriquecimiento del delincuente, pues las normas de peculado tienen como

finalidad la protección de la administración pública, es decir el interés del Estado relativo a organizar, el regular funcionamiento de los órganos públicos.

El Peculado es un delito doloso, nuestra legislación así lo prevé, por lo que no es justificativo decir que se lo cometió por negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de la ley.

En el caso que nos ocupa los Miembros del Directorio tenía perfecto conocimiento que la imagen intachable de ETAPA iba a ser mancillada y se vería envuelta en un escándalo público de graves consecuencias, conforme les advirtió el Director de Telecomunicaciones de ETAPA e investigador del tráfico ilegal de telecomunicaciones en una de las sesiones, específicamente la del 8 de noviembre de 1999, refiriéndose en su declaración rendida en autos, situación que también les fue advertida por uno de los Miembros del Directorio, en las sesiones de Directorio, sin embargo de lo cual votaron a favor de INSATEL, BTC, al margen de expresas disposiciones legales, favoreciéndolas con contratos celebrados con el Estado, de ahí lo sostenido por uno de los Miembros en el seno del Directorio..."ETAPA no pone un sucre, no arriesga nada, salvo su credibilidad y su imagen corporativa impecable que tiene".

..."Existe un mercado grande, es una empresa grande y queremos que los contrabandistas trabajen con nosotros; que trabajen legalmente"... , esto es el reflejo del sentir de los Miembros del Directorio que apartándose del marco general de la Legislación que regula esta clase de convenios, favoreció a una empresa cuestionada por by pass.

En el informe de auditoria y memorando de antecedentes, constan todas las irregularidades e iniquidades en las que incurrió ETAPA en la suscripción de los contratos, hechos que tienen como base como fundamento las propias sesiones del Directorio de ETAPA de fecha 8 y 26 de noviembre y del 13 y 28 de diciembre de 1999; y las celebradas el 10 de enero y 14 de febrero de 2000, me remito al respecto a los propios términos de un Miembro del Directorio que afirma:..."instrumentos suficientes para que cualquier ciudadano pueda hacerse un concepto claro del direccionamiento, del operativo efectuado para asociar a ETAPA con INSATEL, y con BTC, en contra de todo documento,

información y evidencia a despecho de las consecuencias que tales compañías puedan acarrear a ETAPA, para Cuenca y para el país, pues la asociación con empresas con amplia experiencia en tráfico ilícito bien hubiera podido permitir que bajo el cobijo de ETAPA se canalice por parte de aquellas, el inmenso tráfico que en años anteriores se encontraba en niveles similares al del tráfico ilícito, esto nos ayuda a entender a quienes hemos sido ajenos al pingüe negocio de las telecomunicaciones, uno de los mejores del mundo, de ahí se explica el operativo agresivo cumplido en el seno del Directorio contratación en la que no se observaron los principios de igualdad, equidad y sana competencia dispuestos en las leyes y reglamentos que se transgredieron, con la única finalidad de favorecer a INSATEL, en pleno conocimiento de que se encontraba implicada o cuestionada por BY PASS.

En otras palabras, para la Contraloría, los Miembros del Directorio conocieron a cabalidad las actividades de tráfico ilegal de telefonía en la que estaba involucrada INSATEL por su vinculación con AMERICAN LINK, pese a ello le concedieron el contrato al margen de disposiciones legales que fueron quebrantadas a propósito.

DELITO DE PECULADO: TRAFICO DE INFLUENCIAS

Los indicios graves, unívocos y concordantes que pesan sobre los sindicatos no han sido desvirtuados en autos, por el contrario existen graves presunciones de ser los autores del delito de peculado tipificado y reprimido en el tercer artículo innumerado agregado al Art. 257 del Código Penal, publicado en el R.O.N°.260 del 29 de agosto de 1985, concretamente se refiere esta clase de peculado al “Tráfico de Influencias”.

La conducta o verbo rector de este delito es el de “favorecer ilícitamente con aprovechamiento del cargo representación” que se ejerce en el seno de un Directorio, lo cual constituye una de las formas de abuso.

El objeto se obtiene con violación de normas legales expresas. Los sindicatos aprovechándose de su condición de Miembros del Directorio de ETAPA violaron la normatividad general que rige las telecomunicaciones, que son

normas de derecho público, con la finalidad de favorecer a la contratación con INSATEL y BTC., conforme se ha analizado antes.

El objeto material de este delito, es la concesión de contratos previstos en la Ley de Contratación Pública y más leyes, en el caso que nos ocupa la Ley de Telecomunicaciones entre otras.

Como autores de este delito son los directores, vocales y miembros de los organismos del Estado, que con su voto hubiesen cooperado, “el favorecimiento se realiza en beneficio personal o de terceros cuando se ha favorecido a otros. Es así que los sindicados Miembros del Directorio de ETAPA favorecieron con su voto a terceras personas concediéndoles contratos y permitiendo la realización de negocios con el Estado , pese a saber las nefastas consecuencias que ello acarrearía.

Por otro lado cabe recordar que según el Art. 212 de la Constitución Política de la República: “La Contraloría General del Estado tendrá potestad exclusiva para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal.

En virtud a estas legítimas atribuciones conferidas por la Ley, La Contraloría General del Estado conforme consta en el informe de auditoria y del Memorando de Responsabilidades señala:....” Todo lo anteriormente expuesto además de llevar implícita la responsabilidad penal ya indicada, conduce a imponer una de las rigurosas sanciones previstas en el Art. 29 de la Ley Especial de Telecomunicaciones... “ en base a esta recomendación la SUPTel al considerarla acertada y justa acogiendo nuestro pedido y dentro de sus legítimas atribuciones impuso una sanción pecuniaria a INSATEL. Lo que en definitiva constituye un respaldo a la Auditoría de Control, al darnos la razón dentro del campo de su competencia.

Termina su intervención la Contraloría General del Estado solicitando tanto al Señor Ministro de la H. Corte Superior de Justicia como al Señor Representante del Ministerio Público su pronunciamiento en relación a los informes

presentados por la entidad de Control así como solicita que se dicte el Auto de apertura al Plenario en contra de los sindicatos”¹⁵.

2.1.3. Conclusión

Con lo expuesto en los puntos 2.1.1 y 2.1.2; es claro y evidente, por lo señalado en la doctrina, lo expuesto por Contraloría, que el tipo Penal del peculado no se encaja en el proceso motivo de análisis en la presente tesis, esto es, ya que no existe los elementos del tipo como es la de sustraer, lo cual significa extraer o quitar los bienes de la tenencia en la esfera administrativa, en que ellos han sido colocados por las leyes, reglamentos u ordenes legítimas. Pues los hechos dados, no encajan el tipo penal, ya que el actuar del Alcalde de Cuenca y los miembros del Directorio de ETAPA, en ningún momento extrajeron o se apropiaron de bienes. Como veremos su actuar se acomoda a otro tipo penal.

2.2.-COHECHO

Históricamente Los delitos de cohecho y de exacción¹³ derivan históricamente del crimen repetundae, que tuvo su origen en la acción acordada para obtener la repetición de lo que ilegalmente se hubieran hecho pagar o sencillamente de lo percibido por ciertas categorías de funcionarios romanos que debían desempeñar sus funciones ad honorem, condición propia de todo cargo al que no correspondiera trabajo puramente manual. Los abusos de ciertos funcionarios, especialmente de los que gobernaban en lugares alejados, y sobre todo la dificultad de la prueba de un acto concreto de corrupción, determinaron que por una acción genérica, dirigida en contra el enriquecimiento, pudiera pedirse tanto lo que el funcionario había logrado por venta de un acto de autoridad, como lo que hubiese logrado por vía extorsiva.

¹⁵ Intervención del Director Regional II de la Contraloría General del Estado ante el Ministro Presidente de la H. Corte Superior de Justicia de Cuenca, fs. 3305 a 3313 del juicio seguido e contra de ETAPA en el proceso de selección de carrieres de telefonía internacional.

¹³ SOLER Sebastian, Derecho Penal Argentino, Tipográfica Editora Argentina 1983, pp. 157-168.

Estas dos formas delictivas se separan después como figuras autónomas, bajo los nombres de corrupción y de concusión. La corrupción, que es nuestro cohecho, consiste en pactar la venta de un acto de autoridad que debía ser gratuitamente cumplido. La concusión, nuestra exacción, es una especie de extorsión, en la que actúa como elemento coactivo el temor a la autoridad. La corrupción es delito bilateral, la concusión no. Un hecho no se transforma en concusión por la sola circunstancia de que el funcionario solicite la dádiva, si se produce el acuerdo.

Como consecuencia de la fisonomía general del delito de cohecho, resulta que el objeto tutelado por esta clase de infracciones es el funcionamiento normal y correcto de la administración, el cual es puesto en peligro por el sólo hecho de la existencia de actos corruptos. No se toma en cuenta, pues, el acto concretamente cumplido: sea cual sea la cualidad de éste, legal o ilegal, la sola existencia de precio lo corrompe: el cohecho es independiente de la prevaricación.

El sujeto pasivo, de la corrupción es siempre y exclusivamente el Estado. En la prevaricación y en la exacción hay siempre un particular perjudicado.

Por su parte Alfredo Etcheberry¹⁴, nos dice que Históricamente se denomina también a esta figura corrupción. Se define a este delito como el hecho de aceptar el funcionario público una retribución no debida, entregada o prometida en consideración a actos de su oficio. El cohecho es una figura bilateral (plurisubjetiva), en que se consideran copartícipes tanto al funcionario que recibe o acepta, como al particular que da u ofrece.

A pesar de la bilateralidad del cohecho, no puede negarse que las conductas de una y otra parte tienen diferente naturaleza y significación jurídicas, y por tal razón entre el cohecho activo, que es el realizado por el particular que ofrece, y el cohecho pasivo, que es el realizado por el funcionario. Por lo general, este último es sancionado más severamente, ya que se encuentra presente la infracción de un deber funcionario, lo que no ocurre en el caso del

¹⁴ ETCHEBERRY Alfredo, Derecho Penal, Tomo 4, Editora Nacional Gabriela Mistral impresores, pp. 224-229

particular. El código Penal Chileno se refiere a ambas especies de cohecho, dando al cohecho activo el nombre especial de soborno. Desde otro punto de vista, el cohecho propiamente tal consiste en aceptar dádiva para la ejecución de actos funcionarios que deberían realizarse gratuitamente, y por eso a tal conducta se le llama cohecho propio. En el mismo código penal chileno se contempla además la aceptación de dádiva o promesa para la realización de delitos funcionarios, conducta que solo por analogía puede llamarse cohecho, en razón de lo cual es denominado cohecho impropio.

2.2.1. Análisis Jurídico del Tipo

Para SEBASTIAN SOLER¹⁵, tratándose de un delito cuya forma perfecta supone un convenio bilateral, pero en el que cada parte puede asumir una distinta actitud, las leyes ordinariamente definen varias figuras dentro del mismo tipo. Se trata de figuras de acción bilateral; pero en las cuales la ley suele distinguir una gravedad mayor en la acción de uno de los dos codefincuentes.

Se llama cohecho pasivo al delito del funcionario que se deja corromper, en oposición al acto del particular que induce a la corrupción llamado cohecho activo.

Se suele distinguir también la corrupción propia o grave o sea la que consiste en la venta del acto irregular y la impropia o simple en la que el trato lucrativo no es sustancialmente ilegal.

Cohecho pasivo simple.- Además de la calidad de funcionario, la figura toma en cuenta la naturaleza del acto corrupto. Para que exista cohecho, es preciso que este corresponda a un acto relativo a las funciones: acto de la

¹⁵ SOLER Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tipográfica Editora Argentina, 1983, pp. 157-168

competencia funcional y territorial, esto es, regularmente posible o debido de parte del funcionario. En este sentido la ley en el Derecho Penal argentino ha modificado la figura identificando con ese caso el de la recepción de la dádiva “para hacer valer la influencia” ante la ante el funcionario dotado de competencia funcional. De tal manera, debe ahora decirse que hay cohecho tanto cuando se recibe para hacer como para hacer hacer. Esta segunda forma, sin embargo, resulta algo irregular. No se trata de que el sujeto haga valer su autoridad sobre otro, caso que caería dentro del cohecho común, sino que haga valer su influencia personal.

En el caso de omisión, deberá atenderse a la existencia de un acto concreto debido. La negligencia genérica no basta.

La ley penal argentina no distingue en materia de cohecho la forma propia de la impropia, en consecuencia, la calidad legal o ilegal del acto es indiferente en cuanto a la existencia del delito, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones.

Si el hecho ejecutado constituye abuso de autoridad, podrá existir concurso de delitos.

La acción puede asumir distintas formas: a) recibir dinero o cualquier otra dádiva; b) aceptar una promesa directa o indirecta. Todo ello para hacer, dejar de hacer o hacer hacer.

De esta manera quedan eliminadas las cuestiones que se suscitan acerca del pago posterior del cumplimiento del acto y al cese de la función, con respecto a actos cumplidos durante el desempeño de aquella. Debe existir siempre un trato anterior al acto y entre aquel y el acto mismo debe mediar una relación de carácter interno, psicológico: el pago o la promesa han de ser recibidos para, es decir, en consideración a una conducta futura del funcionario. El pago por el acto no está comprometido dentro de esta infracción.

Si el pago o la promesa deben de recibidos para, es evidente que esa destinación subjetiva ha de ser común entre los dos sujetos. Cuando un funcionario recibe por correo un obsequio para el cumplimiento de u acto, habrá corrupción si, además del hecho material de la recepción, se produce

el hecho psíquico de la aceptación. El acto se corrompe solo cuando esta corrupta voluntad del que lo cumple.

La corrupción pasiva consiste en recibir o aceptar. El nombre de esta figura no solamente proviene de la consideración del sujeto del delito (el corrupto), sino de que la acción de esta consiste generalmente en una actitud pasiva: cuando el funcionario sale de esa actitud para entrar a requerir, imponer o procurar el dinero, fácilmente se penetra en el terreno de la concusión, e inclusive para ciertos autores este detalle muestra una línea divisoria entre ambas infracciones.

La promesa deberá consistir en algo que constituya dádiva.

Para determinar la existencia de un beneficio suele apelarse a criterios objetivos y subjetivos, el último de los cuales tiene, por cierto, mayor amplitud, pues de acuerdo con él se puede prescindir de considerar la naturaleza del don y su monto, para comprender todo aquello que el sujeto se representa como algo codiciable

Al referirse la ley a dinero o dádiva necesariamente circunscribe el cohecho a la entrega o promesa de algo que puede darse, esto es, entregarse o transferirse.

La dádiva o promesa debe consistir en algo dotado de valor económico, sea directamente dinero o cosa de valor, sea porque constituya la liberación de una carga o una mejora patrimonial del sujeto. En este sentido resulta clara la eliminación de todo lo que solo constituye una satisfacción estética, sentimental, sensual o puramente honorífica o una complacencia de la vanidad.

Las pequeñas atenciones al funcionario, que no envuelven acuerdo alguno y que por sus características no van mas allá de una urbanidad o cortesía no están comprendidas dentro de esta figura delictiva

Cohecho pasivo agravado.- Las características genéricas del delito son coincidentes con las señaladas en el número anterior. La consideración especial el caso del juez es tradicional en la legislación argentina y en muchas otras, no se hace una distinción entre cohecho propio o impropio, esto es,

según que el juez diese por precio una sentencia injusta o una sentencia justa, en caso de sentencia criminal condenatoria, seguía un principio talional, pues hacía pasible al juez de la misma pena que había impuesto, salvo de la muerte.

La agravación no se funda exclusivamente en la calidad personal del juez, sino en la naturaleza jurisdiccional del acto cumplido u omitido.

Cohecho activo.- El sujeto activo puede ser cualquiera, incluso un funcionario público. En este último caso la agravación deriva puramente de la calidad de funcionario, independientemente de la naturaleza de la función. Si el empleado participa en la función juntamente con el otro funcionario, el primero será autor de cohecho pasivo en cuanto acepta la propuesta del axtaneus, en concurso real.

Dentro del sistema argentino, la corrupción activa guarda paralelismo con la corrupción pasiva, a diferencia con lo que ocurre en otras leyes: lo que en un delito se llama recibir, se llama aquí dar, y el aceptar se transforma en prometer.

La acción se consuma por el acto de dar, en el primer caso.

Si el hecho asume la forma del ofrecimiento, tan pronto como este ha llegado a conocimiento del funcionario bajo forma de proposición. La aceptación, el rechazo, la aceptación simulada no tiene influencia, como tampoco la tienen el cumplimiento o incumplimiento del acto, salvo el caso de instigación a un hecho de mayor gravedad.

La proposición debe referirse a un acto o a una omisión futura y concreta; pero basta que sea futura en la mente del cohechante. Si el acto se había ya cumplido, ese error de hecho no favorece al corruptor.

La proposición puede ser directa o indirectamente hecha; pero el hecho de proponer el plan a un intermediario no constituye sino un acto preparatorio impune.

La proposición puede constituir, además, instigación a otro delito, como el de prevaricato mas severamente penado. En ese caso como en los demás, el

cohecho activo queda consumado con la proposición; pero si la propuesta es aceptada y cumplida, condenándose al inocente, así como el hecho del juez pasa a constituir prevaricato el del extraneus constituirá instigación, con escala penal mucho más grave.

Por otra parte, para Alfredo Etcheberry¹⁶, tenemos que:

Análisis del tipo

1.- Cohecho impropio pasivo. Este cohecho es pasivo porque se enfoca desde el punto de vista del funcionario que recibe o acepta, e impropio, porque tiene por objeto la comisión de un delito. Por tales razones, la participación del cohechador no se rige por las reglas generales, sino que esta reglamentada separadamente, pero ello no obsta a la intervención de otras personas, no sobornantes, como instigadores, cómplices o encubridores.

La acción aquí penada consiste en cometer alguno de los delitos, por dádiva o promesa. No basta, por consiguiente, el acuerdo o aceptación, sino que la consumación del delito exige que el delito funcionario respectivo se haya realmente llevado a cabo. Antes de eso existiría una conspiración impune. Si el delito en cuestión admite tentativa o frustración, se dará el cohecho en alguna de estas etapas en caso de que la ejecución de aquel quede en alguna de ellas. El otro elemento típico es cometer el delito por promesa o dádiva. La dádiva es la que efectivamente se entrega, la promesa es la que se ofrece como compromiso formal y explícito. No es preciso que la dádiva o promesa consista precisamente en dinero, pero al menos es indispensable que se aprecie en dinero. Tratándose de la dádiva, es esencial que se haya recibido efectivamente; en el caso de la promesa, debe haber un acuerdo previo y explícito sobre el particular.

2.- Cohecho pasivo propio. Reviste dos modalidades, aunque el requisito de obrar por dádiva o promesa es común en ambas.

¹⁶ ETCHEBERRY Alfredo, Derecho Penal, Tomo 4, Editora Nacional Gabriela Mistral Impresores, pp. 224-229.

Ejecutar el empleado público un acto obligatorio propio de su cargo, no sujeto a remuneración, y

Omitir el empleado público un acto debido propio de su cargo. Esta segunda hipótesis es considerada más grave, porque la conducta misma es ya en sí ilícita desde el punto de vista administrativo. Si al omitir el acto obligatorio el empleado está cometiendo un delito, la figura se desplaza hacia el cohecho impropio, es decir que la omisión del acto obligatorio debe ser un hecho administrativamente incorrecto, pero que intrínsecamente no alcance a constituir delito.

La diferente gravedad de estas hipótesis es evidente; en la primera, el empleado se hace pagar para cumplir con su deber; en la segunda, se hace pagar para faltar a sus obligaciones. Tal como en la figura anterior, el delito se consume con la ejecución del acto obligatorio o la omisión del mismo, según el caso. No basta la entrega de la dádiva o la aceptación de la promesa. No está comprendidas en el cohecho las pequeñas atenciones a un funcionario, de mera urbanidad o cortesía y que no envuelven acuerdo alguno. Por lo general, además, estos obsequios de cortesía o agradecimiento se producen después de la actuación funcionaria y sin mediar promesa anterior, lo cual es suficiente para excluirlos de la tipicidad de esta figura. En cambio, los “agradecimientos anticipados” son siempre sospechosos.

3.- Cohecho activo. La intervención del particular dentro del cohecho, esto es, lo que en doctrina se denomina cohecho activo o soborno: al cohechador se lo llama sobornante.

Con respecto al cohecho impropio, debería ser considerado un autor instigador de los respectivos delitos, si la iniciativa partió de él, y en caso contrario, como autor cooperador de los mismos delitos o cómplice de los mismos, según las circunstancias. Debe recordarse que en el caso de los delitos que no son de posición, ellos deben calificarse separadamente para el empleado (delito funcionario) y para el particular (delito común, si lo hay)

Con respecto al cohecho propio, el particular sería un autor instigador del delito o bien un cómplice del mismo, si la exigencia partió del funcionario y él se limitó a someterse a ella.

Un autor, destaca en cambio los siguientes elementos: a) Que el sujeto pasivo sea un funcionario público; b) Que acepte o reciba dádiva o promesa, y c) Que esta dádiva o promesa tenga por objeto que el funcionario ejecute un acto justo o injusto de su función o se abstenga de ejecutar un acto propio del cargo. Es mas bien un delito de función que un delito funcionario¹⁷.

El sujeto pasivo debe ser un empleado público; sujeto activo, el que induzca al empleado a delinquir, puede ser cualquiera.

Otro autor¹⁸ determina los siguientes elementos:

- 1.- Un funcionario público,
- 2.- La recepción por el mismo, o por persona interpuesta, de dinero o cualquier otra dádiva,
- 3.- La aceptación por parte del funcionario de una promesa directa o indirecta,
- 4.- Una razón determinante de la dádiva o de la promesa, que es la de que el funcionario haga o deje de hacer algo relativo a sus funciones.

La categoría del funcionario es indiferente. Es indiferente o no que perciba una remuneración del Estado. Tampoco importa que sus funciones sean temporarias o permanentes. Lo que se requiere, esencialmente, es que el que recibe la dádiva o la promesa tenga el carácter de funcionario público.

Sujeto activo del delito no puede ser sino quien invista ese carácter: y no deja de ser sujeto activo aunque la conducta criminosa por él desarrollada constituya lo que suele llamarse cohecho pasivo, para distinguirlo del que comete el que corrompe al funcionario, conocido en la doctrina con el nombre de cohecho activo.

¹⁷ LABATUT Glenda Gustavo, Derecho Penal 2, Editorial Jurídica de Chile, pp. 99-101.

¹⁸ GOMEZ Eusebio, Tratado de Derecho Penal, Tomo 5, Compañía Argentina de Editores Tacumán 826-Buenos Aires 1985, pp. 512-522

La dádiva recibida o la promesa aceptada por el funcionario mediante interpuesta persona, tiene el mismo significado que la dádiva recibida o la promesa aceptada personalmente.

Lo entregado al funcionario puede ser dinero o cualquier otra dádiva.

El estímulo para la corrupción puede estar representado, también por una promesa que tendrá igual valor tanto si es directa como si es indirecta.

No constituye cohecho la aceptación de un préstamo por parte del funcionario, efectuado para hacer o dejar de hacer algo relativo a sus funciones.

La dádiva o la promesa han de responder al móvil de que el funcionario haga o deje de hacer algo relativo a sus funciones, es decir, ex officio suo, para repetir las palabras de una ley romana.

No comete cohecho el empleado que recibe dádivas por servicios prestados a un particular independiente de su ministerio. En los casos que se presenten los superiores podrán prohibir a sus subalternos que presten a particulares determinados servicios, si los juzgan incompatibles con la función, y ellos podrán motivar medidas disciplinarias y no una represión legal.

No es necesario que el acto requerido del funcionario público sea arbitrario o injusto. No es necesario que su ejecución u omisión importen una violación de sus deberes. La dádiva o la promesa pueden ser para que el funcionario cumpla esos deberes y no por ello el hecho dejará de constituir un cohecho.

El cohecho es un delito que no se comete sino por la intervención del funcionario público y la del corruptor

Este cohecho se perfecciona con el simple ofrecimiento de la dádiva. Cuando esta es aceptada surge la responsabilidad del funcionario.

No se trata ya, de que el funcionario haga o deje de hacer algo relativo a su oficio. Lo que se reprime por el desprestigio que importa para la administración pública es la conducta inmoral de quien, sabiendo, que se le hace una dádiva en consideración al oficio que desempeña, la acepta, aunque ella sea espontánea y desinteresada en apariencia.

El que hace la dádiva no es punible.

Por último es importante destacar los siguientes elementos:

Consumación y tentativa¹⁸. - Se ha dicho con exactitud que lo que se pena es el acto venal. Por lo tanto, la consumación se determina en el perfeccionamiento de ese pacto: en el momento en que se recibe el dinero o dádiva, o en el momento en que se acepta la promesa, con independencia de que el funcionario cumpla el acto o la omisión pretendida y, en el segundo caso, que el oferente cumpla con las daciones que había prometido: el cumplimiento de lo acordado por ambas partes no es más que un acto de agotamiento irrelevante. En general se ha negado la posibilidad de tentativa.

El delito se consuma por la recepción de la dádiva o por la simple aceptación de la promesa, con absoluta independencia del efectivo cumplimiento de esta, y de que ese cumplimiento deba ser anterior o posterior al acto de autoridad o al cese de la función. La forma del cohecho consistente en la aceptación de la promesa se perfecciona por el acuerdo de voluntades.

Difícilmente podrá admitirse la tentativa, ya que el delito queda consumado por el acuerdo, de manera que la ulterior recepción de lo prometido resulta irrelevante.

Por otra parte se tiene que se consuma al dar (presentar) la dádiva o al formular la promesa (ofrecer) o sea, cuando esas circunstancias llegan a conocimiento del funcionario, siendo indiferente, según dijimos, la actitud que este asuma frente a esas conductas: el delito se consuma tanto si acepta como si rechaza. Tampoco aquí es admisible la tentativa.

El hecho debe ser doloso. El acuerdo experimental no es suficiente. Por cierto que no está corrupto el funcionario que deja al cohechante dar los pasos necesarios para acreditar que la propuesta ilícita le fue hecha. Esa intención probatoria debe ser deducida de la conducta observada por el funcionario.

¹⁸ CREUS Carlos, Derecho Penal parte Especial, Tomo II, Editorial ASTREA 1983, pp. 309-319.

Culpabilidad.- El dolo se determina en el acuerdo; requiere, pues, que el funcionario tenga conciencia del sentido de la dádiva que recibe o de la oferta que acepta y. Consecuentemente, que la recepción o la aceptación se hagan teniendo presentes las finalidades perseguidas por quien da o promete: no es indispensable que el funcionario tenga la intención de omitir o realizar efectivamente lo pretendido por el codeficiente. La recepción de la dádiva o la aceptación de la promesa con distinta finalidad, deja la conducta fuera del tipo.

Autor. Participación.- Autor puede ser cualquier persona. Si es un funcionario, la pena se agrava. El tipo admite cualquiera de las formas de participación, incluso es posible la particular participación principal de la “interpósita persona”, como ya advertimos al tratar la acción.

Culpabilidad.- Volitivamente el dolo se integra en la dirección subjetiva de la acción prevista por la ley. En el aspecto cognoscitivo vale lo dicho sobre el cohecho pasivo.

Autor y participación.- Solo puede serlo un funcionario público con competencia para llevar a cabo el acto cuya realización u omisión se pretende si está en la primera de las formas del elemento subjetivo, lo cual hay que destacar cuando se trata de la segunda forma.

2.2.2. Posición de la Contraloría

Respecto de este tipo penal se sostiene lo siguiente:

1.- El 8 de noviembre de 1999 se iniciaron las sesiones reservadas del Directorio de ETAPA. Señor Juez, cuando Ud. Lea y analiza el acta del 8 de noviembre, estoy seguro que compartirá la indignación que como cuencano sentí al leer esta acta, en ella los miembros del Directorio específicamente dos concejales, hacen apología del delito, califican de corruptos a los jueces de Cuenca, invitan a las empresas a realizar tráfico ilegal en el Perú. Dicen que quieren que los contrabandistas trabajen con nosotros. Se burlan del informe de la Superintendencia de Telecomunicaciones. El Alcalde afirma que a todos los diputados le han regalado un teléfono fijo, habla de los hechos consumados en un país jurídicamente débil como el nuestro. Estos personajes señor Juez,

una y otra vez defienden a las empresas INSATEL- IDS- BTC, todas acusadas de by pass. En esta sesión el Directorio resuelve nombrar una comisión integrada por tres miembros para que hagan las averiguaciones en la ciudad de Quito, de todas las empresas.

2.- Señor Juez en la sesión reservada del 15 de noviembre de 1999, los mismos sujetos, al analizar el informe de la comisión que viajó a Quito, vuelven a realizar apología del delito. En este proceso irregular, viciado de nulidad, el Alcalde dice textualmente: “la moralidad la vamos a poner nosotros, lo que nosotros hagamos o dejemos de hacer va a ser los que Cuenca tenga que calificar”. En esta sesión, una y otra vez, estos tres miembros del Directorio defienden a INSATEL- IDS- BTC. Los miembros del Directorio votan para seleccionar y adjudicar los contratos. El resultado de la votación es: tres votos a favor y cuatro en contra de INSATEL; tres votos a favor y cuatro en contra de BTC; siete votos en contra de IDS; siete votos en contra de ON CALL; siete votos en contra de STARTCOM; siete votos a favor de SIMPLE.

El Directorio luego de escuchar el informe de la comisión y los diferentes criterios emitidos por los señores Directores decide declarar que esta resolución quede en reserva a fin de darle tiempo a la gerencia y a la Comisión para que hable con IDT para ver si se consolida el paquete IDT, SIMPLE. De igual manera, resuelve comisionar en su viaje a Estados Unidos a los señores Presidente, Gerente y Director Técnico de Telecomunicaciones para que traten directamente con los representantes de Sysnet, sin perjuicio que estos puedan hablar con el representante local.

3.- Señor Juez, fue resolución del Directorio de ETAPA que ninguno de sus miembros acepte invitaciones, viajes, inspecciones a instalaciones, ni en fin, mantenga cualquier tipo de reunión con las Empresas participantes en el proceso y que si alguien o algunas personas tuvieran que viajar, serían el Gerente y el Director de Telecomunicaciones con gastos pagados por ETAPA. Así lo reconoce el propio Alcalde en su declaración juramentada ante el Juez Segundo de lo Civil de Cuenca.

Señor Juez sorpresivamente, y autorizado por el Ilustre Consejo de Cuenca y por ETAPA, con todos los gastos pagados el Alcalde viaja a Porto Alegre, Brasil, a Washintong y a Miami, la excusa es para firmar de testigo de un crédito a favor de ETAPA y a una reunión de Alcaldes en Miami.

Señor Juez llegó el día que Ud. Y todos los cuencanos conozcamos que hizo y con quienes estuvo el Alcalde en la ciudad de Miami.

El 20 de noviembre el Alcalde de Cuenca como consta e el documento debidamente certificado, de acuerdo al reporte de vigilancia presentado por el Gerente de Operaciones de ICDA INVESTIGACIONES, textualmente dice:

Sabado 11-20-99

A la 7h58 a.m. una vigilancia se inició en el Hotel Hyatt 400 S.E. 2nd Avenida, Miami, Fl; el investigador confirmó que el sujeto (alcalde) se estaba hospedando en este lugar la noche anterior. A las 9h30 a.m., el investigador subió al piso 14, donde se hospedaba el sujeto. A las 9h47 a.m., el investigador hizo una llamada telefónica de pretexto a la habitación del sujeto, y habló con un hombre que se identificó como el sujeto. A las 10h45 a.m., un hombre no identificado salió de la habitación del sujeto. A las 11h15 a.m. el sujeto fue observado por un momento en el lobby del hotel. A las 11h19 a.m. el sujeto entra en el lado del pasajero de un Cadillac Catera, color dorado, N° de placa de la Fl. GX2-30p. Un hombre no identificado estaba manejando el vehículo. A las 11h54 a.m. llegaron a la tienda de Compusa, localizado al lado del centro comercial Dadeland , en Kendall Drive , Miami, Fl. Y luego entraron. A las 12h29 p.m. el sujeto todavía se encontraba dentro de la tienda. A las 12h46 p.m. el sujeto y el hombre no identificado salieron de la tienda. El sujeto no identificado estaba cargando un paquete. Entraron en el Cadillac y se fueron del area. A las 15h30 regresaron al hotel Hyatt. El sujeto no identificado saco la bolsa de la maleta del vehiculo, y se la entregó al sujeto, Después el sujeto entró el hotel, fuera de vista mientras el hombre no identificado espera fuera del hotel. A las 15h47 p.m. un empleado del hotel ordenó que todos los vehículos se estacionaran fuera del área de entrada del hotel. El hombre y el investigador fueron ordenados a salir del área. A las 15h58 p.m. el Cadillac fue visto saliendo del área. No se obtuvo ningún video debido a que en ese momento estaba la escena bloqueada. El investigador siguió el vehículo por

Downtown, Miami, y hasta la 1-95, donde fue perdido de vista al tráfico. Un recorrido del área fue realizado con resultados negativos. A las 16h17 p.m. el investigador llegó a INSATEL, 2977 McFairlane Road, Coconut Grove, Fl. El Cadillac no estaba presente. A las 16h58 p.m. el investigador hizo otra llamada de pretexto a la habitación del sujeto en el hotel, y el contestó la llamada.

En la misma ciudad de Miami, en el mismo hotel, el alcalde se dio tiempo para reunirse también con los ejecutivos de BTC.

Señor Juez, siete horas, cuatrocientos veinte minutos, del sábado 20 de noviembre de 1999, estuvo el alcalde con este hombre no identificado pero que yo si le voy a decir de quien se trata, es el asesor de INSATEL, asesor de IDS. Este día negro es lo que tendrá que explicarle a Ud. Señor Juez y a todos los cuencanos el alcalde, quien le autorizó a reunirse todo un día con el que dice ser asesor de INSATEL y de IDS? Para colmo con los gastos pagados de los cuencanos.

De que hablaron el alcalde y el asesor de INSATEL durante todo ese tiempo, que acordaron, que negociaron? Lo cierto es Señor Juez que estas dos personas viajaron desde Miami a Cuenca. Juntos en el mismo vuelo? Tres días después el asesor de INSATEL estaba alojado en el Hotel Oro Verde de Cuenca. El 23 de noviembre, el alcalde invitó a los miembros del Directorio al despacho de la alcaldía. Uno de los concejales propuso el viaje a todos los miembros del Directorio y de los cuatro funcionarios que venían colaborando en el proceso de selección a Miami, con todos los gastos pagados por una empresa llamada FARGO, a la que representaba el mismo señor asesor de INSATEL. El alcalde y el concejal recibían llamadas telefónicas desde el Hotel Oro Verde de este Señor que era de nacionalidad venezolana. En esta reunión El alcalde y el concejal argumentaron a los otros miembros del Directorio que reconsideren todo lo resuelto en la selección de las empresas. El asesor de INSATEL invitó a almorzar a algunas personas de ETAPA en el Hotel Oro Verde.

4.- Señor Juez, el epílogo de este trágico relato, es que el Alcalde en la sesión reservada del 26 de noviembre, solicita a los miembros del Directorio que reconsideren la votación anterior y el Directorio resuelve por unanimidad

reabrir el proceso de selección del corresponsal para tráfico de telefonía internacional. Consiguiendo en consecuencia el primer objetivo para que el Directorio vuelva a votar por INSATEL-IDS-BTC.

5.- Señor Juez, felices viajaron nuevamente a Miami, con todos los gastos pagados por la Ilustre Municipalidad de Cuenca. Viajaron el Alcalde, un concejal, ambos con sus distinguidas esposas, viajaron también con el asesor de INSATEL?. Eso tendrá que averiguarlo Ud. Señor Juez. Es fácil hacerlo, la lista de pasajeros de la aerolínea, el Departamento de Migración del Ecuador. El pretexto de este nuevo viaje fue a Marruecos.

Señor Juez, el 27 de noviembre estuvieron en Miami. En el aeropuerto no esperaron el enlace a Marruecos, me dicen que en una radio local, el alcalde dijo que no había salido del aeropuerto, otra mentira Señor Juez, podrá Ud creer, podrán los cuencanos creer, que salieron a las dos del aeropuerto, en dos vehículos que los esperaban previamente. En un vehículo Porsche se embarcó el Alcalde con un ejecutivo de BTC, y en un Mercedes el Concejal, las dos distinguidas señoras y un ejecutivo de BTC. A las tres y media de la tarde almorzaron en un restaurante, desde luego que BTC pagó la cuenta de todos. En los dos vehículos llegaron hasta las instalaciones de BTC alas seis de la tarde. En cuanto llegaron un empleado de BTC le informó al alcalde que el señor Fernando Tello (asesor de INSATEL) le había llamado telefónicamente cuatro veces. A las siete de la noche el asesor de INSATEL en una elegante limosina fue a buscar al alcalde, al concejal, a las dos distinguidas señoras y a las doce aproximadamente les dejó en el aeropuerto para que viajen a Marruecos. Todo ese tiempo estuvieron el alcalde y el concejal con el asesor de INSATEL e IDS y los ejecutivos de BTC. Señor Juez otro día negro que tendrá que explicarle a Ud. y a los cuencanos el alcalde y el concejal.

Nadie les autorizó a hablar con estas empresas ni con estos personajes.

6.- Señor Juez, el 13 de Diciembre de 1999 y como consta en el cata de esta nueva sesión reservada el alcalde así como dos concejales consiguen el objetivo: se selecciona a INSATEL por cuatro votos a favor uno en blanco y uno en contra. Quien le pidió a dos miembros del Directorio que cambien su voto a favor de INSATEL?. Se selecciona a IDS, que antes había tenido siete votos en

contra, en la nueva votación cinco votos a favor y dos votos en blanco. Y la compañía BTC tuvo tres votos a favor y cuatro en contra.

Señor Juez consiguieron el objetivo, el Directorio al fin seleccionó a INSATEL-IDS, pero faltaba BTC. No escatimaron esfuerzo alguno para cerrar el negocio también con BTC.

7.- En la sesión reservada del 28 de diciembre de 1999, ante el pedido del alcalde, el Directorio resuelve reconsiderar la decisión sobre BTC y recibir en una próxima sesión a los representantes de la compañía BTC.

8.- En la sesión reservada del 10 de enero de 2000, los miembros del Directorio escucharon a los funcionarios de BTC, que estuvieron acompañados por el Dr. Caupolican Ochoa, abogado de BTC. Pese a todos los intentos posteriormente la mayoría de los miembros del Directorio por tercera ocasión votaron nuevamente en contra de BTC.

9.- La Superintendencia de Telecomunicaciones, en su informe ratifica todas estas denuncias.

2.2.3.Conclusión

En cuanto al tipo penal del cohecho, de la misma manera, nos se encaja el actuar del Alcalde y del Directorio, dentro del tipo penal analizado, pues no incurre los elementos del tipo, como son el Ofrecimiento de la una parte y la aceptación de la otra, puesto que como sabemos es un tipo penal bilateral, aspectos que de los hechos expuesto y analizados no existe en el proceso.

2.3.-FAVORECIMIENTO ILICITO

2.3.1. Análisis Jurídico del Tipo

Este tipo delictivo tiene una naturaleza parecida a la del cohecho y su bien jurídico protegido es el mismo que en este delito¹⁹: la imparcialidad en la función pública, y una misma finalidad político-criminal: evitar la desviación del interés general hacia fines particulares; para su estudio se pueden clasificar en:

Influencia sobre funcionario o autoridad

Trata sobre la influencia ejercida por el funcionario o autoridad sobre otro funcionario o autoridad, así como la influencia ejercida por el particular, que obviamente no puede prevalecerse, como el funcionario o autoridad, del ejercicio de las facultades de su cargo, pero si, igual que ellos, “ de cualquier situación derivada de su relación personal”.

Tipo objetivo.

La conducta típica es “influyere”, es decir que se trata de sancionar que alguien pueda incidir en el proceso motivador que conduce a un funcionario o autoridad a adoptar una decisión en un asunto relativo a su cargo. Pero en ningún caso constituye el tipo la simple influencia sin mas. No se trata de penalizar la recomendación, una práctica por demás habitual y que, por inmoral y rechazable que parezca, no afecta directamente, o no tiene por que afectar ala decisión que se adopte.

Lo que se sanciona es el “influir” “prevaleciéndose”, es decir, y éste es; (a juicio del autor) el elemento mas importante, abusando de una situación de superioridad originada por cualquier causa. En el caso de que el sujeto activo de esa influencia sea un funcionario o autoridad, el prevalimiento se puede derivar del propio cargo que ejerce: superioridad en el orden jerárquico o político respecto al funcionario o autoridad sobre el que influye. Pero tanto en el caso del funcionario o autoridad, como especialmente en el del particular puede ser suficiente que el prevalimiento se derive de la relación personal con el funcionario o autoridad sobre el que se influye. En este caso el tipo se amplía sin duda, comprendiendo relacione de carácter familiar, afectivas o amistosas.

¹⁹ MUÑOZ Conde Francisco, Derecho Penal Parte Especial, Tirant lo blanch Valencia 2001, pp.977-983.

El amigo o el pariente próximo que influyera en el funcionario o autoridad cometería, según esta interpretación alguno de estos delitos. Sin embargo debe procederse a una interpretación restrictiva del concepto de influencia, basándose para ello en el prevalimiento que se exige como elemento diferenciador entre la simple influencia, atípica, de la influencia constitutiva del delito. Se trata de un verdadero ataque a la libertad del funcionario o autoridad que tiene que adoptar, en el ejercicio de su cargo, una decisión, introduciendo en su motivación elementos ajenos a los intereses públicos, por lo que supone, un factor de incremento del riesgo de desviación de la función pública. Son pues delitos de estructura parecida a las coacciones o amenazas aunque sin llegar al grado de constreñimiento físico o psíquico que estos delitos exigen.

Supuestos de “intimidación implícita” o de “chantaje moral”, derivados del “clientelismo político” “mejores perspectivas en la carrera política o profesional”, “relaciones amorosas o afectivas”, etc., pueden estar en la base de una situación de prevalimiento, aunque no necesariamente se equiparen. Desde luego, si se hace una interpretación extensiva de estas relaciones, se corre el riesgo de que se criminalicen conductas desprovistas de nocividad social, tan habituales como tomar una copa con los amigos o pertenecer al mismo club o asociación deportiva, etc.

Si la “influencia” se ejerce ofreciendo una contraprestación de carácter económico, estaríamos, naturalmente sin más, en el cohecho, límite máximo de estos delitos, que, de algún modo, constituyen también un sucedáneo de aquel delito, cuando no se puede probar el ofrecimiento de una contraprestación económica, pero si la “influencia” y el “prevalimiento”

El funcionario o autoridad sobre el que se ejerce la influencia puede ser sujeto pasivo e incluso denunciante de estos delitos, pero también puede llegar a ser sujeto activo de un delito de prevaricación o cualquier otro, sin que la influencia y el prevalimiento tengan que incidir necesariamente en una disminución de su responsabilidad. Habrá en estos casos una estructura similar a la de inducción, pero no autoría mediata.

Se admite el tráfico de influencia en cadena, que existe cuando la relación personal no se da directamente con el funcionario o autoridad que tiene que adoptar la decisión, sino con otro que a su vez influye en 'el. En el caso en que la influencia se ejerza a través de terceros, el funcionario o autoridad "intermediario" también puede responder del delito.

El tráfico de influencias en cadena es, por lo demás, una de las manifestaciones mas frecuentes de la "corrupción política y administrativa" y puede llegar a ser el germen de una verdadera organización criminal, constituyendo un aparato de poder dentro de la propia Administración que es difícil de sancionar penalmente en la medida en que, como antes decíamos, las influencia que se derivan de las relaciones personales, amistades, parentescos, etc., no entran directamente en el tipo, salvo que se de la situación de prevalimiento; los límites entre lo delictivo y lo simplemente inmoral son en esta materia difíciles de marcar.

El tipo objetivo se da ya con la conducta de influencia aunque no se consiga efectivamente una resolución. Si además el funcionario o autoridad sobre el que se influye toma una resolución y esta reporta un beneficio económico para el que influye o para un tercero se dará el tipo cualificado.

La expresión "directa o indirectamente" alude a la forma en que el sujeto consigue el beneficio, bien a título personal a través de una persona interpuesta, o a través del "efecto rebote" de la decisión que adopte el funcionario o autoridad influida.

Tipo subjetivo.

Se requiere naturalmente el dolo, ya que la imprudencia es incompatible con las expresiones "influyen" y "prevalimiento". El ánimo de conseguir un "beneficio económico" para sí o para un tercero va también implícito en el dolo.

Cuestiones concursales

Las coincidencias que puedan darse entre estos delitos y los de cohecho deben resolverse conforme a la teoría del concurso de leyes aplicando el principio de alternabilidad, es decir, el precepto que prevea mayor sanción para el delito cometido. Sin embargo, cuando a través de estos nuevos delitos

de tráfico de influencias se cometan otros con bienes jurídicos diferentes (prevaricación, violación de secretos, etc.) se dará el correspondiente concurso de delitos, normalmente en una relación medio-fin.

Ofrecimiento de influencia a un particular

El hecho que aquí se tipifica nada tiene que ver directamente con el ejercicio de la función pública. Tanto el sujeto activo, como la persona a la que se dirige el ofrecimiento de la influencia (a la que impropriamente se le puede llamar sujeto pasivo) son particulares. El ámbito en el que se puede dar este delito es, por tanto, completamente privado. La única relación que muestra con la función pública es su referencia a la misma como objeto de la influencia. El sujeto que ofrece hacer uso de esa influencia puede o no tenerla, llegar o no a hacer uso de ella, pero en todo caso puede ser responsable si ofrece hacer uso de esa influencia (real o fingida)

Ello plantea el problema de cual es en este delito el bien jurídico protegido. Como el tipo no exige ni tan siquiera que la supuesta influencia llegue a utilizarse, parece que lo único que pretende protegerse con el castigo de esta conducta es el prestigio y el buen nombre de la Administración, un concepto ciertamente etéreo y difícilmente aprehensible.

También se puede concebir este delito como una especie de acto preparatorio, elevado a la categoría de delito independiente, del cohecho o del tráfico de influencias, con lo que tendría el mismo bien jurídico protegido que en estos delitos. Pero el comportamiento tipificado está tan alejado de la efectiva lesión o puesta en peligro de la función pública, que difícilmente puede justificarse su incriminación por esta causa.

Desde luego, el ofrecimiento de influencias sobre la Administración puede ser una forma de competencia desleal en el ejercicio de la abogacía, tan real como la vida misma, que difícilmente va a desaparecer con su incriminación en el Código Penal. Los despachos de abogados mas famosos y que mas éxitos tienen en la gestión y solución de los asuntos que se les encomienda son los que están mas cercanos al poder y, por eso, tienen mayores posibilidades de influir en sus decisiones.

Además en estos casos no existe el ofrecimiento explícito, que sería lo que se castiga, sino el implícito, el que se deriva de la propia fama o de las relaciones personales de profesionales que aparecen todos los días en las revistas del corazón, medios de comunicación, etc., asistiendo a fiestas, cenas y recepciones oficiales y haciendo ostentación de sus buenas relaciones con las mas altas instancias del poder. Es muy difícil que todo esto desaparezca por obra y gracia del Código Penal.

Otra posibilidad de justificar esto le daría el posible engaño a quien se ofrece hacer uso de la influencia. Ciertamente, ello constituye de por sí un desvalor social suficiente como para motivar una sanción penal; pero para esto existe ya el delito de estafa, pues, en este caso, la supuesta influencia no es mas que un engaño capaz de producir en un tercero un perjuicio patrimonial.

Sujeto activo solo puede serlo el particular (o el funcionario o autoridad que no actúa en el ejercicio de su función) que ofrece hacer uso de su influencia a cambio de una remuneración (dádiva o presente). Lo decisivo no es, sin embargo, tanto el ofrecer hacer uso de la influencia, como el solicitar o aceptar por ello una contraprestación económica.

Si otro particular llega a aceptar u ofrece para ello una remuneración, puede ser también castigado, pero como cooperador o inductor del delito, y no como autor en sentido estricto del mismo.

Desde luego no se entiende muy bien que pueda llegar a constituir delito intentar aprovecharse de la influencia de alguien para resolver algún asunto, cuando ese alguien no ejerce ninguna función pública, solo que se entienda que nos encontramos aquí ante una forma de participación intentada (conspiración, proposición o provocación para delinquir) en un delito de cohecho. Pero tropezamos aquí con dificultades probatorias casi insalvables, que dificultan aun mas la persecución penal de este tipo de hechos. Lo razonable es esperar a que la influencia se traduzca realmente en un intento de corrupción del funcionario, lo que, es ya punible como cohecho activo consumado, consiga o no efectivamente el particular esa corrupción. Sin embargo el delito se consuma con el simple ofrecimiento de hacer uso de

influencia cerca de las autoridades o funcionarios, siempre, eso sí, que solicite o acepte de tercero algún tipo de remuneración económica.

2.3.2. Posición de la Contraloría

Respecto a este tipo penal la Contraloría General del Estado en sus intervenciones sostiene lo siguiente: “Los instrumentos públicos que se adjuntaron a la denuncia presentada por la Contraloría General del Estado, evidencian sin dejar lugar a la menor duda que los sindicatos y otros mas como miembros del Directorio de Etapa con su voto favorecieron a empresas de telefonía internacional a las cuales, en contra de expresas disposiciones legales les concedieron contratos con el Estado.

El examen especial practicado por la Contraloría, al Proceso de Selección y Contratación de Compañías para operar el tráfico de telefonía internacional, por el periodo comprendido entre el 5 de abril de 1999 y el 7 de febrero de 2000, así como el Memorando de Antecedentes o Responsabilidades, establecen indicios de responsabilidad penal en contra de los Miembros del Directorio, al existir presunciones de responsabilidad penal de ser los autores del delito tipificado y sancionado en el tercer artículo innumerado que se agrega al artículo 257 del Código Penal que expresa²⁰:

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

²⁰ Intervención del Director Regional de II de la Contraloría General del Estado, sección II “Indicios de Responsabilidad Penal”, fjs. 2355-2358, del Juicio seguido en contra de ETAPA por el proceso de selección de corresponsales de telefonía Internacional “carrieros”.

Quedan comprendidos en la misma disposición anterior y sujetos a igual pena los directores, vocales o miembros de organismos administradores del Estado o del Sector Público en general, que con su voto; hubiesen cooperado a la comisión del delito al que se refiere el inciso precedente”

En efecto, si hacemos una comparación o confrontación entre los hechos ya narrados y la norma penal ya transcrita, se puede colegir que concurren todos los requisitos para que se configure dicho delito, requisitos que son:

- 1.- Conducta o verbo rector;
- 2.- Objeto Material; y
- 3.- Partícipes.

1.- Conducta o verbo rector del delito:

Favorecer: El favorecimiento se ha realizado en beneficio de terceros, entre los cuales está INSATEL; favorecimiento ilícito que se ha producido aprovechándose de la representación o del cargo que ejercen los miembros del Directorio de ETAPA; anotando sobre todo que el objeto del delito se ha obtenido con violación de las normas legales y reglamentarias que se expresan a continuación:

1.1 Disposiciones legales y reglamentarias transgredidas

A. De la información contenida en el Examen Especial practicado por la Contraloría; de igual forma del contenido del Memorando de antecedentes o de Responsabilidades que se acompaña a esta denuncia, se llega a la conclusión de que este irregular e ilícito proceso de selección se debe a que ETAPA omitió elaborar en forma previa las bases del concurso que debían comprender, entre otras cosas, el pliego de condiciones y términos básicos de referencia; esta omisión produjo la desigualdad de condiciones en las que se contrató los servicios de las operaciones; en este punto donde los miembros del Directorio favorecen o conceden los contratos infringiendo la ley; en efecto el artículo 8 del Reglamento de Interconexión y Conexión entre redes y Sistemas de Telecomunicaciones publicado en el Registro Oficial 1008 del 10 de agosto de 1996 prescribe lo siguiente: “Los convenios de interconexión y de

conexión deberán ajustarse a los principios de neutralidad, igualdad de acceso y trato no discriminatorio”; y el artículo 107 del Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones Reformada dispone:... “Los acuerdos de interconexión tenderán a minimizar los costos y maximizar la eficiencia de los sistemas interconectados. Se aplicarán los principios de igualdad de acceso, neutralidad y no discriminación entre operadoras”

- B. Los acuerdos de interconexión, para su vigencia, no fueron previamente conocidos por la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones es decir se concedió la contratación violando la disposición contenida en el artículo 37 del Reglamento de Interconexión y Conexión entre redes y sistemas de Telecomunicaciones, que preceptúa lo siguiente: “ Conexión e interconexión Internacional: las operadoras nacionales podrán libremente suscribir acuerdos operativos o de Interconexión en el exterior. La vigencia d los mismos se iniciará una vez que sean puestos en conocimiento de la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones”
- C. Los proyectos de convenios de interconexión no se sometieron a la aprobación de la SENATEL como lo dispone el artículo 14 del Reglamento arriba citado cuya parte pertinente lo transcribo: “ Proceso de aprobación de los convenios. Cuando exista un acuerdo entre las operadoras, estas se someterán a la aprobación de la Secretaría (Senatel) su proyecto de convenio de interconexión”...
- D. El Directorio de ETAPA en sesión del 13 de diciembre de 1999 resuelve aceptar o adjudicar la contratación a favor de INSATEL, IDS y SIMPLE, a sabiendas de que ETAPA estaba impedida de celebrar esta clase de contratos pues no contaba con la Concesión Correspondiente, con lo que se obvió el artículo 8 del Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones que dispone: “El régimen de exclusividad no incluirá los servicios de telefonía del Cantón Cuenca que podrán seguir siendo prestados por ETAPA, a la cual se le otorga la concesión correspondiente”; en otras palabras, para poder celebra los contratos de telefonía internacional con cualquier corresponsal, ETAPA tenía que haber celebrado en forma previa un contrato de concesión con SENATEL, contrato que no lo celebró. La disposición de esta norma reglamentaria es ratificada por el Señor Procurador General del Estado, quien mediante

oficio del 14 de febrero de 2000 emite el siguiente criterio: “ Siendo una obligación ineludible de ETAPA llegar a un acuerdo de concesión con SENATEL, para formalizar el contrato de concesión que exige la ley mientras esta obligación no se haya cumplido o ETAPA no se allane a cumplirla es evidente que su actividad en el campo de las telecomunicaciones puede ser observada legalmente por el organismo de control que es la SENATEL”; es necesario aclarar que este pronunciamiento del Procurador es vinculante y obligatorio de acuerdo a lo que ordena el artículo 7 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

- E. El Directorio de ETAPA incurrió en este presunto delito al favorecer a las ya citadas compañías corresponsales concediéndoles los respectivos contratos con violación de los artículos 9 y 19 de la Ordenanza de ETAPA publicada en 1984; en efecto el Directorio de ETAPA no tenía ni tiene facultades para intervenir en el proceso de selección de estas empresas operadoras y, sin embargo, intervino primero nombrando a una Comisión que se encargó de calificar o de negociar con las empresas oferentes; y posteriormente intervino a través de votación adjudicando los contratos a las tres compañías violando disposiciones legales. Es así que el artículo 9 de dicha Ordenanza concede al Directorio únicamente facultades deliberantes, es decir solo para tomar decisiones sin que tenga derecho a ejecutarlas por sí mismo; dicho artículo dice: “ Son atribuciones del Directorio: determinar la política a seguirse; conocer y aprobar (no ejecutar) las programaciones técnica, económica, social; autorizar gastos, adquisición y suscripción de contratos (no ejecutar el procedimiento ni adjudicar); definir montos y términos sobre la contratación de empréstitos...”; como se puede apreciar el Directorio solamente puede realizar actividades deliberantes de conocimiento, autorización y control. En cambio, el artículo 19 de dicha ordenanza reconoce al Gerente poderes o atribuciones de ejecución, es decir ejecutar la política administrativa de la empresa...”; estas facultades de ejecución atribuidas al Gerente son realizadas con el apoyo de los niveles administrativos u operativos contemplados en esta misma ordenanza.
- F. El Directorio favoreció ilícitamente, concediéndoles a las operadoras o carrieres los contratos de corresponsalía para operar el tráfico internacional

de telefonía, sin contar con los informes técnicos previos que son indispensables para esta clase de negocios; al respecto, el Director de Telecomunicaciones de ETAPA expresó que:...” nunca se requirió a esta Dirección ningún informe detallado, ni un análisis ni evaluación por escrito de las ofertas...” criterio que coincide con el expuesto por la Superintendencia de Telecomunicaciones que consta en un documento según el cual ETAPA al iniciar un proceso de esta naturaleza debe tomar en cuenta aspectos técnicos e forma previa tales como: estudios de tráfico de telefonía internacional, equipamiento de las instalaciones que se utilizarán, arquitectura de red, origen y destino del tráfico entrante, etc.

- G. El Directorio de ETAPA incurrió en el favorecimiento ilícito tantas veces enunciado al haber concedido el contrato a favor de INSATEL a pesar de que en forma previa el Superintendente de Telecomunicaciones le informó que “Una vez revisados los archivos de la Superintendencia de Telecomunicaciones se tiene los antecedentes de las siguientes empresas: INSATEL aparece en los archivos de AMERICAN LINK clausurada por servicios de by pass...”, y a pesar de que el Director técnico de Telecomunicaciones de ETAPA le hace conocer al Directorio que:...” la Superintendencia de Telecomunicaciones clausuró una empresa que se llama American Link que funcionaba en Guayaquil.... la conexión entre American Link e INSATEL fue que Insatel enviaba el tráfico acá al Ecuador... la persona que firma como representante de American Link aquí en el Ecuador es el Ing. Ernesto Flores Burbano que ahora fue una de las personas que apareció como JEFE TECNICO DE INSATEL AQUÍ EN EL ECUADOR....”

En resumen se cumple el primer requisito para que se configure el delito tipificado en el tercer artículo innumerado que se agrega al artículo 257 del Código Penal referente a la CONDUCTA O VERBO RECTOR: El favorecimiento en beneficio de terceros, favorecimiento obtenido con violación de normas legales o reglamentarias expresas.

2.- El Objeto Material del Delito

El segundo requisito para que se configure el delito tipificado en el artículo innumerado que se agrega al artículo 257 del Código Penal es el OBJETO MATERIAL: En el caso que es materia de la presente denuncia se cumple este requisito de “Objeto Material” pues el mismo consiste en la Concesión de los Contratos o en la Realización de Negocios. Efectivamente ETAPA con la autorización de su Directorio concedió los contratos de corresponsalía para tráfico internacional de telecomunicaciones el 1 de febrero de 2000 a la Empresa INSATEL, y el 7 de febrero de 2000 a la Empresa IDS.

3.- Partícipes o Autores del Delito:

El tercer requisito para que se configure el delito mencionado se refiere a los PARTICIPES O AUTORES: En el presente caso también se cumple el requisito contemplado en el Código Penal para que se origine este delito, pues los partícipes o autores del mismo son los Directores, vocales o miembros del Directorio de ETAPA que con su voto cooperaron en la comisión del delito.

2.3.3. Posición de la Procuraduría

En lo que tiene que ver con este tipo penal y por su parte comparece el Delegado Distrital del Procuraduría General del Estado sosteniendo lo siguiente: “se han cometido hechos originados en las pasiones humanas, lesionando derechos de los demás, diría lesionando derechos de ETAPA y la ciudadanía en general.

Por difusión de órganos de comunicación colectiva llegó a conocimiento de la ciudadanía, el haberse cometido actos de corrupción y otros delitos por personeros de ETAPA, los mismos que tenían la calidad de miembros del directorio de la entidad indicada.

Todo ilícito y toda acción que constituye delito, es objeto de investigación cuando se trata de infracciones de acción pública, por lo que presentada la denuncia por el propio sindicado es decir es Alcalde de la Ciudad en fecha 21

de febrero de 2000 y por conocimiento público del cometimiento de incorrecciones por varios de los Directores de ETAPA se dicta el correspondiente autocabeza de proceso, disponiéndose en el mismo la práctica de diligencias por imperativo legal.

Son varias las diligencias practicadas y varios los documentos que se han incorporado al proceso.

Me referiré a varias de las piezas procesales que constituyen no solo indicios, sino presunciones de responsabilidad sobre la comisión del delito tipificado claramente y sancionado por expresas disposiciones del Código Penal en vigencia:

1.- La forma o manera por demás dudosa de cómo se lleva a cabo las sesiones del Directorio de ETAPA, específicamente las reservadas de fecha 8 de noviembre de 1999, desprendiéndose la posición de algunos de los miembros del Directorio especialmente de quienes defensores a toda costa de que se contrate el servicio de telefonía internacional con empresas de solvencia moral no recomendables, como INSATEL, IDS y BTC.

Se toma resoluciones y se reconsidera las mismas a solicitud de los ahora sindicados en el juicio.

Así por ejemplo se resuelve que los señores miembros del Directorio de ETAPA, no acepten invitaciones ni viajes y si embargo en contravención con lo resuelto el Alcalde viaja a Washington, Miami y Brasil.

2.- Es de conocimiento que se ha llevado a cabo una entrevista entre el Alcalde y el asesor de INSATEL e IDS, sin que considere necesario considerar como se financiaron los viajes, pero tal encuentro se deduce que fue en Miami.

3.- En una nueva sesión, por cuanto se siguen dando sesiones reservadas por intervención firme de los sindicados se resuelve desconocer la mencionada solvencia moral de las empresas a las cuales se ha hecho referencia.

4.- Lo demostrado por uno de los miembros del Directorio, en lo referente a la oposición del Alcalde a que se proceda a una exhaustiva investigación con respecto a INSATEL y BTC...” He constatado dice el miembro del Directorio como el señor Alcalde así como dos miembros del Directorio se manifiestan en sus intervenciones el deseo indiscutible de conseguir que ingresen como corresponsales a operar la telefonía internacional con ETAPA, tanto INSATEL como BTC²¹.

5.- El testimonio propio de uno de los miembros del Directorio que corrobora con el rendido con el mencionado en el numeral anterior.

6.- La actuación del Alcalde antes y después del viaje realizado a Miami y su entrevista con el representante de INSATEL.

7.- El informe presentado por un Diputado de la provincia, del que se desprenden pruebas fehacientes y fundamentadas a su vez en las actas del Directorio a las cuales se ha hecho referencia.

En el presente juicio entonces con las fuentes de las pruebas necesarias para la comprobación de un hecho punible y la responsabilidad de sus autores. Es decir se cuenta con documentos, testimonios propios o declaraciones de testigos, confesiones o indicios, que revelan la existencia de un hecho delictuoso.

Los sindicados en la presente causa deben ser llamados a juicio por cuanto se ha justificado la existencia del delito tipificado en el Art. innumerado que se agrega al art. 257 del Código Penal que dice: “ La misma pena señalada en los artículos anteriores se impondrá a los representantes o delegados y a los funcionarios, empleados o servidores públicos que aprovechándose de la representación popular o del cargo que ejercen se favorezcan o hayan favorecido a personas naturales o jurídicas para que, en contra de expresas disposiciones legales o reglamentarias, les hubiesen concedido contratos o

²¹ Testimonio propio del Dr. Juan Tama Marquez, fs. 2630-2637 del juicio seguido en contra de ETAPA por el proceso de selección de corresponsales de telefonía internacional “carriers”.

permitido la realización de negocios con el Estado o con cualquier otro organismo del sector público. Quedan comprendidos y sujetos a la misma pena los directores, vocales o miembros de los organismos administradores de los organismos del Estado o del sector público en general que con su voto hubieren cooperado a la comisión del delito.

2.3.4. Conclusión

En cuanto a éste tipo penal analizado, vamos a concordar que éste es el tipo que se adecua a la conducta realizada por el Alcalde y de lo miembros del Directorio, pues su actuar, como se analiza por Contraloría y Procuraduría, en forma minuciosa y que nosotros hemos detallado, es evidente, entonces, que éste si es el tipo penal en que se incurrió por parte de las personas señaladas. Este trabajo se completará con el análisis del capítulo siguiente, pues en donde se dicta los sobreseimientos; los cuales no comparto, puesto que, como manifesté si se adecuado la conducta al tipo penal analizado, debía existir sanción penal para sus autores.

CAPITULO 3

ANÁLISIS JURÍDICO DE LA RESOLUCIÓN

3.1 Análisis jurídico de Sobreseimientos Provisionales y Resolución.

El Fiscal tercero de lo penal del Azuay; en funciones de Ministro Fiscal subrogante comparece en el juicio y sostiene en lo principal:

“...dispuesto en la PRIMERA Disposición Transitoria del actual Código de Procedimiento Penal vigente, publicado en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 360 del jueves 13 de enero de 2000, absteniéndome de acusar a los Señores..., le pido dictar de acuerdo con el art. 242 del Código de Procedimiento Penal anterior, el respectivo auto de sobreseimiento provisional del proceso y de los sindicados, dejo ante todo a salvo el mejor como más autorizado criterio jurídico de su señoría”.¹⁸

Vale destacar que el Señor Agente fiscal subrógate, cuyo dictamen acabamos de transcribir, no aporta en nada en su dictamen, pues se limitó a hacer un análisis muy superficial, con frases intrascendentes y que no venían para nada con el presente análisis, por ello, no nos merece mayor comentario dicho dictamen, por el contrario, la resolución que transcribiremos del Presidente de la Corte Superior, tiene mayor sustento jurídico como lo veremos.

SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL

¹⁸ Intervención del Ministerio Fiscal, fjs.3317 a 3330 del juicio seguido e contra de ETAPA en el proceso de selección de carreras de telefonía internacional.

El Juez de la causa¹⁹ luego de hecha la denuncia por parte del Alcalde de la ciudad pidiendo que se incoe el auto cabeza de proceso con el fin de dar con los autores, cómplices y encubridores de los delitos de cohecho o concusión que fueron aludidos en repetidas ocasiones por dos ciudadanos quienes afirmaban tener conocimiento de la comisión de actos de corrupción en ETAPA concluyendo el denunciante expresando que esos hechos de ser ciertas las aseveraciones debieron haberse producido en el último trimestre de mil novecientos noventa y nueve o en el primer mes y medio del año dos mil, en un lugar a una hora que no puede determinar por el momento.

El Juez de la causa mediante providencia de 18 de abril de dos mil hace extensiva la investigación a otros hechos que puedan haberse dado a mas de los que han sido materia de la denuncia y del auto inicial. El Juez primero de lo penal del Azuay que se encontraba legalmente encargado del Juzgado Segundo de lo Penal con providencia de 1 de Diciembre de 2000, hace extensivo el sumario en contra del Alcalde de la Ciudad de Cuenca, así como dos miembros del Directorio de ETAPA y se inhibe de continuar en el conocimiento de la causa por cuanto los sindicados, gozan de fuero de Corte Superior.

El Presidente de la H. Corte Superior de Cuenca²⁰ acepta el auto inhibitorio y dispone la citación a los sindicados la recepción de sus testimonios indagatorios y mas diligencias necesarias para el debido esclarecimiento de los hechos. En la misma etapa investigativa o sumarial comparece el Director Regional II de la Contraloría General del Estado, solicitando se le considere como parte procesal en el juicio, además manifiesta que por el Examen Especial practicado por la Contraloría General del Estado al proceso de selección y contratación de compañías par operar el tráfico internacional por el periodo comprendido entre el 5 de abril de 1999 y el 7 de febrero de 2000 así como el contenido del Memorando de Responsabilidad o Antecedentes, el organismo de control ha establecido indicios de responsabilidad penal en

¹⁹ Interevención del Juez primero de lo Penal del Azuay , legalmente encaragado del Juzgado segundo de lo Penal, fjs 3558 del Juicio seguido en contra de ETAPA en el proceso de selección de carrires de telefonía internacional.

²⁰ Sobreseimiento Provisional dictado por el Presidente del H. Corte Superior de Cuenca, fjs 3349 a3358 del juicio seguido en contra de ETAPA en el proceso de selección de carrires de telefonía Internacional.

contra de los cinco miembros del Directorio de ETAPA, por considerar que con su voto favorecieron ilícitamente a la empresa INSATEL, para que sea beneficiada con el contrato suscrito con ETAPA lo cual implica la perpetración del ilícito penal tipificado y sancionado en el tercer artículo innumerado que se agrega después del art. 257 del Código Penal que dice: “ La misma pena señalada en los artículos anteriores se impondrá a las personas elegidas por votación popular, a los representantes o delgados y a los funcionarios empleados o servidores públicos que aprovechándose de la representación popular o del cargo que ejercen se favorezcan o hayan favorecido a personas naturales o jurídicas para que en contra de expresas disposiciones legales o reglamentarias les hubiesen concedido contratos o permitido la realización de negocios con el estado o con cualquier otro organismo del Sector Público. Quedan comprendidos e la misma disposición anterior y sujetos a igual pena los directores, vocales o miembros de los organismos administradores del Estado o del Sector Público en general, que con su voto hubiesen cooperado a la comisión del delito que se refiere el inciso precedente”.

Se hace extensivo el sumario en contra de otros miembros del Directorio de ETAPA ya que la Contraloría General del Estado establece indicios de responsabilidad penal en contra de estos tres miembros al igual que en contra de los otros dos miembros quienes ya se encontraban sindicados por el Juez Segundo de lo Penal debiéndose aclarar que la Institución de Control en contra de otro de los sindicados por el mismo Juez Penal, el Alcalde de la ciudad de Cuenca.

Cumplidas todas las diligencias propias de la etapa sumarial, en fecha 26 de julio de 2001, mediante providencia, se declara concluido el sumario y se da paso a la etapa intermedia, en la cual el Sr. Ministro Fiscal subrogante, en los términos expuestos en su escrito, dictamina absteniéndose de acusar y pronunciándose por el sobreseimiento provisional del proceso y a favor de los sindicados. Siendo este el momento procesal de dictar la resolución que en derecho corresponde, el suscrito Presidente de la H. Corte Superior de Cuenca, para hacerlo, considera:

- a) No hay nulidad procesal que deba ser declarada, en razón que la causa ha sido tramitada con sujeción a la normativa legal pertinente, sin omisión de solemnidad sustancial alguna que pudiera influir en su decisión.
- b) La causa penal, en su inicio tuvo, por objeto investigar los supuestos delitos de cohecho y/o concusión que según la denuncia formulada por el alcalde de Cuenca habían sido aludidos en un programa radial por el Diputado por la Provincia del Azuay y por un miembro del Directorio de ETAPA.
- c) De autos consta, que se ha recibido la información juramentada del Diputado, el testimonio del miembro del Directorio, como de muchas otras personas y además se ha recopilado abundante prueba documental; sin embargo no se ha podido obtener prueba suficiente, para llegar a determinar que en el proceso de selección de agentes corresponsales internacionales o carrieres para la prestación de servicio de conexión telefónica internacional, llevado a cabo por ETAPA, se ha perpetrado los delitos de cohecho y concusión denunciados.
- d) Una vez que en este proceso, se hizo extensiva la investigación a cualquiera otro delito perpetrado en el proceso de selección y contratación de los carrieres. La Contraloría General del Estado, comparece imputando el cometimiento del ilícito penal tipificado y sancionado en el tercer artículo innumerado agregado después del Art. 257 del Código Penal, a cinco de los miembros del Directorio de ETAPA, quienes con su voto se pronunciaron para que la Empresa INSATEL sea seleccionada y concluya con la contratación definitiva. No se establece indicios de responsabilidad penal en contra del Presidente del Directorio y Alcalde de la Ciudad de Cuenca ni de dos Directores por cuanto ellos no dieron su voto a favor de INSATEL aunque uno de ellos dio su voto en blanco y debió sumarse a la mayoría, lo cual implica que la compañía INSATEL, fue seleccionada con seis votos a favor y uno en contra.
- e) El máximo organismo de control, en su Informe de Examen Especial, en el Memorando de Responsabilidades o Antecedentes y en varios de sus escritos presentados, relata los hechos y se refiere a varias irregularidades, que a su juicio se cometieron en el proceso de selección materia de su examen especial; supuestas irregularidades que por su naturaleza no

corresponde pronunciarse en este proceso, ya que no constituyen infracción penal, tanto que la misma Contraloría General del Estado no los califica como tales, pues los indicios de responsabilidad penal establecidos por la Contraloría General del Estado, exclusivamente en contra de los cinco miembros del Directorio de ETAPA que dieron su voto a favor de la Empresa INSATEL, es por el delito previsto en el tercer artículo innumerado agregado después del art. 257 del Código Penal

- f) Las irregularidades señaladas por la Contraloría General del Estado, referentes a: que ETAPA, no se sujetó a un procedimiento previamente definido para la adjudicación de los contratos que sin que se haya existido invitación por parte de ETAPA, varias compañías presentaron ofertas e intereses en prestar los servicios de Telefonía Internacional, a base de lo cual el Directorio designó a los miembros de la comisión antes designada para que analicen las propuestas presentadas y que se sigan presentando, que se elaboró una matriz con las ofertas presentadas por cada una de las compañías, desconociéndose los parámetros establecidos para la exclusión de siete compañías que ofertaron sus servicios, que se establecieron diferentes plazos para la presentación de la información; que antes que el Directorio haya procedido a la selección de las empresas, el Gerente de ETAPA, ha comunicado a las compañías INSATEL, ON CALL y BTC, que las propuestas por ellos presentadas han sido aceptadas, que no se elaboró previamente un reglamento interno específico que regule el proceso de selección, que los contratos fueron celebrados sin considerar el principio de igualdad para las tres compañías seleccionadas; que no hubo informes legales previos; o que , el cuadro comparativo presentado con el informe por parte de la comisión, no tiene ni fecha ni firma de responsabilidad a criterio de la misma Contraloría General del Estado, no constituyen infracción penal alguna y por ello en su informe especial hace constar:” Todo lo anteriormente expuesto conduce a imponer una de las siguientes sanciones previstas en el indicado artículo 29 de la Ley Especial de Telecomunicaciones, concretamente la suspensión definitiva de los servicios de interconexión pactados por ETAPA, mediante contratos celebrados con las tres mencionadas operadoras, corresponsales o portadoras de carreras del servicio de telefonía internacional”. Además

vale preguntarse: ¿Habría la Contraloría General del Estado, inculpada la perpetración del delito previsto en el tercer artículo innumerado que se agrega después del art. 257 del Código Penal, si en este proceso de selección no se adjudicaba el contrato a INSATEL, aunque se haya producido las supuestas irregularidades señaladas por el organismo de control? La única respuesta es NO, tanto que el proceso de selección no sirvió para seleccionar únicamente a INSATEL, sino que también sirvió para seleccionar a dos empresas mas materia que no ha sido cuestionada en este juicio penal, lo que quiere decir que las supuestas irregularidades denunciadas por la Contraloría y los respectivos justificativos esgrimidos por la empresa ETAPA y los mismos miembros de la comisión, deben ser juzgados por la Superintendencia de Telecomunicaciones y no por la Administración de Justicia en el area penal sin descartar, que dichos hechos constituyan indicios aislados e indirectos que no son aptos o idóneos para decidir presunciones graves , precisas y concordantes, que constituyan prueba, como disponen los Artículos 65 y 66 del Código de Procedimiento Penal de 1983 o los Artículo 87 y 88 del Nuevo Código de Procedimiento Penal.

- g) Si definimos que las supuestas irregularidades se han producido en el proceso de selección y los miembros del Directorio de ETAPA que votaron a favor de la empresa INSATEL, únicamente consignaron su voto confiando en el informe presentado por la comisión designada, en la que además había participado el personal técnico especializado, es evidente que dichas irregularidades no son imputables a los miembros del Directorio, sino a quienes tuvieron una activa participación en el proceso mismo como los integrantes de la comisión, y al cuerpo técnico que asesoraba a dicha comisión, en contra de quienes la Contraloría General del Estado, no establece indicios de responsabilidad penal por esa labor desarrollada. Los indicios de responsabilidad penal, determinados por la Contraloría General del Estado, recaen única y exclusivamente en contra de los cinco miembros del Directorio de ETAPA que consignaron el voto a favor de la empresa INSATEL, acogiendo o fundamentándose en el informe presentado por la comisión, por lo mismo, es evidente que no hubo la

intención o el designio de causar daño y menos de favorecer ilícitamente a la empresa INSATEL.

- h) El delito denunciado por la Contraloría General del Estado es un delito doloso en el que el agente activo de la infracción, para su cometimiento conciente y voluntariamente tiene el designio de causar daño, tal como señala el 2° inciso del art. 14 de Código Penal, dolo que por doctrina jurisprudencial no se presume sino que debe ser probado aunque no es necesario que se acrediten por una prueba directa ya que bien puede ser probado por medio de presunciones, como señala Guillon Ballesteros. Si analizamos imparcialmente. Si analizamos imparcialmente toda la prueba documental constante de autos y la prueba testimonial recibida, es evidente que la selección que se hace a favor de la empresa INSATEL, no se produce con el propósito de favorecerlo fraudulentamente, pues quienes emiten el voto a favor de esta empresa, lo hacen en base de un criterio lógico y coherente, que si bien no es compartido por todo el Directorio, no puede ser calificado como doloso, tanto mas que como se manifestó anteriormente, lo hacen basados en el informe elaborado por la comisión, con participación de personal técnico de apoyo que en ningún momento han sido cuestionados como tales.
- i) De todo el atestado procesal, no aparece cuestionamiento alguno a la oferta presentada por la empresa INSATEL, en cuanto hace relación a aspectos técnicos y económicos. La objeción que se hace a la selección de INSATEL, nace de la denuncia formulada por la empresa BTC al Diputado de la Provincia del Azuay por considerar que ha sido perjudicada en este proceso de selección. La denuncia u objeción se produce después del 13 de diciembre de 1999, fecha de la sesión del Directorio de ETAPA, en la que se selecciona a INSATEL con cinco votos a favor, cero en contra y un voto en blanco que se suma a la mayoría; en la que además, se selecciona a la compañía IDS con cinco votos a favor, cero en contra y dos en blanco, que se suman a la mayoría; y también no se selecciona a la compañía BTC, con tres votos a favor y cuatro en contra.
- j) La objeción o cuestionamiento en contra de la selección hecha a favor de INSATEL, hace relación a que dicha empresa estaría impedida de ser beneficiada por estar incurso en tráfico ilegal de telefonía o by pass. Esta

denuncia es acogida por el legislador azuayo, que emprende en una responsable y prolija investigación para llegar a la conclusión que por prestigio de la empresa ETAPA, no debieron ser seleccionados ni la empresa denunciante BTC ni INSATEL, porque ambas empresas de alguna manera estaban comprometidas con el tráfico ilegal o by pass. El Diputado, solicita ser recibido en comisión general por el Directorio de ETAPA, la que se cumple el 14 de febrero de 2000, en la que el Diputado documentadamente justifica que la empresa INSATEL estaba comprometida con el tráfico ilegal o by pass, por la relación que mantenía con la compañía AMERICAN LINK que había sido sancionada por dicho ilícito, que el capital accionario de esta empresa, corresponde en su mayor parte a la empresa INSATEL.

- k) Es evidente que aunque no haya disposición legal que impida la contratación de telefonía Internacional, con una empresa que ha sido sancionada por tráfico ilegal o by pass, por prestigio de la institución debió rechazarse las ofertas de tales empresas, como era el criterio generalizado en el Directorio de ETAPA; sin embargo en el momento en que se concretó la selección a favor de INSATEL, los Miembros del Directorio que consignaron su voto a favor de esta empresa, no tuvieron todas las pruebas que con posterioridad llegaron a conocer por parte del Diputado ya que únicamente contaban con la certificación de la Superintendencia de Telecomunicaciones, que en la parte pertinente decía: "INSATEL, aparece en los archivos de la empresa AMERICAN LINK, clausurada por servicios de by pass" y del oficio cuya copia de 28 de octubre de 1999, en el sentido que INSATEL no había sido sancionada, oficios que merecieron variadas consideraciones, para concluir en el sentido que la empresa INSATEL no estaba impedida de ser seleccionada, por cuanto no disponían de ninguna documentación clara en el sentido de que INSATEL estaba comprometida con tráfico ilegal o by pass, criterio que de cierta manera es compartido por uno de los miembros del Directorio de ETAPA, que precisamente por no tener certeza sobre el asunto, emite su voto en blanco que a la postre se suma a la mayoría y beneficia a dicha empresa, pues de tener certeza sobre la situación de INSATEL, es evidente que su voto hubiera sido en contra. El hecho de consignar el voto a favor de INSATEL en esas

circunstancias en ningún caso se puede considerar como un accionar doloso aunque hubiese sido de desear que para decidir dicha selección se cuente con una prolija investigación sobre el asunto. Sin embargo por las circunstancias en las que se produjo la selección de la empresa INSATEL, es evidente que no hay prueba, para determinar que la votación se produjo con el designio de causar daño y favorecer ilegalmente a INSATEL, tanto que el Directorio una vez que el Diputado denuncia y justifica la relación de INSATEL con AMERICAN LINK, el 1 de febrero de 2001, por unanimidad aprueba la moción de uno de los miembros del Directorio, en el sentido de que la Empresa ETAPA, demande la nulidad del contrato suscrito con INSATEL, por haberse ocultado información y consecuentemente haber causado vicio en el consentimiento, circunstancia que demuestra la buena fe con la que procedieron los Miembros del Directorio de ETAPA, que consignaron su voto a favor de la selección de la empresa INSATEL.

Por todo lo expuesto, sin que sean necesarias otras consideraciones el Presidente de la H. Corte Superior de Cuenca acogiendo íntegramente el dictamen emitido por el Ministerio Público, en aplicación de lo dispuesto en el Art. 242 del Código de Procedimiento Penal aplicable al caso al tenor de lo dispuesto en la primera disposición transitoria del nuevo Código de Procedimiento Penal, dicta sobreseimiento provisional, del proceso y a favor de los sindicatos, declarando que por el momento, no puede proseguirse la sustanciación de la causa.

SOBRESEIEMENTOS DEFINITIVOS

Del auto en mención el Director Regional de la Contraloría General del Estado, interpone recurso de apelación, se radica por sorteo, la competencia en la tercera sala de la honorable Corte Superior de Justicia de Cuenca, la misma que confirma el sobreseimiento provisional dictado favor del Alcalde de Cuenca, al no haber prueba suficiente de la participación del indiciado; mas en lo que hace referencia los cinco señores Miembros de Directorio de ETAPA, revoca el auto de sobreseimiento provisional dictado en su favor y de acuerdo al Art.253 del Código de Procedimiento Penal vigente en esa fecha, se

declara abierta la segunda etapa del juicio penal o contradictorio y se les llama a responder en juicio plenario a los prenombrados imputados, por existir graves presunciones de culpabilidad en su contra, como autores del delito tipificado y sancionado por el anotado tercer artículo innumerado, después del artículo 257 del Código Penal.

Se dispone continuar con la etapa del plenario; habiéndose en esta etapa, practicadas las diligencias solicitadas y ordenadas; concluido el trámite de la causa, encontrándose la misma en estado de resolver para hacerlo se considera lo siguiente:²¹

1. El Presidente de la Honorable Corte Superior de Justicia de Cuenca es competente para conocer y resolver sobre el ilícito sometido a juicio.
2. La acción se ha tramitado en cada una de las fases, dando cumplimiento a las normas de procedimiento propias de la naturaleza de esta clase de juicios; no observándose omisión de solemnidad sustancial alguna ni violación de trámite que influya en su decisión final; razón por la cual, se declara la validez procesal.
3. Inicialmente se denuncia por parte del Alcalde de la I. Municipalidad de Cuenca, por supuestos delitos de cohecho y concusión, que se han dado en el proceso de selección de agentes corresponsales internacionales, y que se llevó a cabo en la Empresa ETAPA, que fueron referidos en un programa de Radio el Mercurio de Cuenca, por un Diputado de la Provincia del Azuay y por uno de los miembros del Directorio de ETAPA, sin que se llegue a demostrar en autos la perpetración de esos ilícitos por parte de los sindicados. Posteriormente, por cuanto, el Juez que inició la causa, hizo extensiva la investigación a otros hechos que puedan haberse dado en el proceso de selección y contratación de los “carriers” a mas de los que ya han sido materia de denuncia y del auto inicial, el Director Regional 2 de la Contraloría General del Estado, concurre denunciando el cometimiento del ilícito tipificado y sancionado en el tercer artículo innumerado agregado después del Art. 257 del Código Penal, en contra de los cinco miembros del Directorio de ETAPA; excepto del Alcalde de Cuenca, Presidente del Directorio ni en contra de dos de los directores por

²¹ Resolución de la Tercera Sala de la Honorable Corte Superior de Justicia, fjs 3895 a 3902 del juicio seguido en ontra de ETAPA en el proceso de selección de corresponsales de telefonía internacional “carriers”

considerar que el primero votó en contra y el otro consignó su voto en blanco.

4. La sala tercera de la Honorable Corte Superior de Justicia de Cuenca, en su resolución confirma el auto de sobreseimiento provisional dictado a favor del Alcalde de la ciudad, el mismo que ha causado ejecutoria por no haber prueba suficiente de la participación del indiciado; y, en lo que respecta a los miembros del Directorio de ETAPA, revoca el auto de sobreseimiento provisional, dictado a su favor, y dicta auto de llamamiento a juicio plenario, por lo que en este caso se analiza únicamente la situación jurídica de los cinco miembros del Directorio de ETAPA que son los sindicados y quienes dieron su voto a favor de la Empresa INSATEL, esto es por el delito previsto en el tercer Artículo innumerado agregado después del ART. 257 DEL Código Penal.
5. La base del enjuiciamiento penal consiste en la comprobación de la existencia material de la infracción y el nexo causal que determine la responsabilidad penal de los imputados, siendo obligación del juzgado valorar la prueba aportada; y, en base a sus méritos, expedir la resolución que corresponda a la verdad histórica y procesal, apegada siempre, a la justicia y al derecho.
6. De autos consta, el informe presentado por la Contraloría General del Estado, referente al examen especial de ETAPA, en el proceso de selección y contratación de Compañías para operar el tráfico de Telefonía Internacional en cuyas conclusiones, constan en resumen, las supuestas irregularidades cometidas por el Directorio de ETAPA, referentes a que: no se sujetó a un proceso previamente definido para la adjudicación de los contratos, autorizando directamente a dos de sus miembros a que “actúen en las negociaciones con la compañía INSATEL”, sin que haya hecho invitaciones, por parte de ETAPA; varias empresas presentaron ofertas e interés en prestar los servicios de Telefonía Internacional por lo que se designó a los Miembros, antes anotados, para que se encarguen de analizar dichas propuestas y las que se sigan presentando; se elaboró una matriz con las ofertas que presentó cada una de las compañías; desconociéndose los parámetros establecidos para la exclusión de siete compañías que ofertaron sus servicios; se establecieron diferentes plazos

para la presentación de la información, Sin embargo previamente ya se seleccionaron a empresas y mediante oficio se les comunicó a las Compañías INSATEL, ON CALL Y BTC que la propuesta por ellos presentada ha sido aceptada; que no se elaboró previo a tomar la primera decisión sobre esta negociación, un Reglamento Interno Específico que norme el Proceso de Selección, de acuerdo a los principios de Telecomunicaciones; los contratos fueron celebrados sin considerar el principio de igualdad para las tres compañías seleccionadas; finalizando, que todo lo expuesto conduce a imponer una de las rigurosas sanciones previstas en el Art. 29 de la Ley Especial de Telecomunicaciones, concretamente la “suspensión definitiva de los servicios de interconexión, pactados por ETAPA mediante contratos celebrados con las tres mencionadas operadoras, corresponsales o portadoras de carriers del servicio de telefonía internacional”. De lo analizado por la H. Corte Superior de justicia de Cuenca se deduce que, la Contraloría General del Estado, en su informe, no responsabiliza a los sindicados del delito previsto en el tercer artículo innumerado, agregado después del Art. 257 del Código Penal, pues se refiere únicamente a violaciones reglamentarias y administrativas, resultando que, en caso de transgresión la sanción es administrativa y no penal; siendo así que las supuestas irregularidades que ha denunciado la Contraloría deben ser sancionados por la Superintendencia de Telecomunicaciones que es el órgano de control en asuntos de Telecomunicaciones; poniéndole así a la Administración de Justicia fuera de su competencia . La Contraloría General del Estado, manifiesta que, en el informe de auditoria (examen especial) cuyo borrador es leído públicamente antes de su redacción final, el Art. 11 del Reglamento de aplicación de la LOAFIC; dispone que: “Los casos en que se presumen hechos delictivos no serán objeto de lectura”. En verdad, lo que se supone presunciones penales, en contra de los sindicados, consta en el documento denominado responsabilidades (o memorando de antecedentes), siendo en consecuencia imprescindible analizar si en autos se ha probado en forma clara e inobjetable el delito que se persigue. El Código de Procedimiento Penal anterior, aplicable al caso, en su Art. 65 prescribe: “Las presunciones que el Juez o Tribunal deduzca de las pruebas constantes en el proceso deben ser graves

precisas y concordantes" y par que constituyan prueba, deben cumplir con los requisitos del Art. 66 Ibidem. En el presente caso las presuntas irregularidades que se hace, relación, en la auditoria o examen especial, constante del informe de la Contraloría General del Estado tienen el carácter de Administrativas; y, en el campo penal (constantes en el documento de responsabilidades o memorando de antecedentes), constituyen presunciones conforme a lo dispuesto en el Art.326, en relación con el Art. 342 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control (LOAFYC), concordantes con la Nueva Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado en el capítulo 5 publicada en el suplemento del Registro Oficial Nro. 595 del 12 de Junio de 2002.

7. También reviste importancia, el análisis de la naturaleza jurídica de la empresa ETAPA. La empresa Pública Municipal de Telecomunicaciones, Agua Potable y Alcantarillado Cuenca (ETAPA); es una Empresa Pública, creada jurídicamente con autonomía administrativa y patrimonial, por ordenanza, para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, reconociéndose la titularidad, de este servicio, a favor de ETAPA en el Art. 38 de la Ley para la transformación económica del Ecuador publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 34 de Marzo 13 de 2000, que prescribe: " Se reconoce a favor de la I. Municipalidad del Cantón Cuenca, provincia del Azuay, la titularidad del servicio público de telecomunicaciones, para operar en conexión con el resto del país y el extranjero, pudiendo prestar servicios en forma directa o a través de concesiones, siendo reconocida, incluso, por la resolución de Amparo Constitución dictada por la sala Segunda de la Honorable Corte Superior de Justicia de Cuenca, planteado por los representantes de la I. Municipalidad de Cuenca, en contra del Consejo Nacional de Telecomunicaciones en la persona de su Presidente y en contra de la Secretaría General de Telecomunicaciones, en la persona de su secretario y representante. Esta titularidad, es similar al derecho real o, al de la propiedad, que se encuentra consagrado en la Constitución Política del Ecuador; significando en derecho público, el ejercicio de una potestad, de un deber, de una atribución, que con respecto al servicio público de telecomunicaciones, esta atribuida a la Empresa ETAPA, sin que se pueda

menoscabar el mismo. A esto se suma lo prescrito en el Art. 37 de la Ley de Interconexiones entre redes y sistemas de Telecomunicaciones, publicado en el Registro Oficial número 1008 de Agosto 10 de 1996, que dice: "Las operadoras nacionales podrán, libremente, suscribir acuerdos operativos de interconexión con corresponsales en el exterior". A su vez el Art. 249 de la Constitución Política del Estado determina que es responsabilidad del Estado la provisión de servicio de agua potable y de riego, saneamiento, fuerza eléctrica, Telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias y otros de naturaleza similar, los mismos que podrán prestarlo directamente o por delegación a empresas mixtas o privadas, mediante concesión, asociación, capitalización; traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual, de acuerdo con la Ley, con lo que se establece que ETAPA tiene la capacidad para administrar el servicio con facultad de modificar las condiciones de prestación; establecer y reglamentar la forma de prestación del servicio; pudiendo decidir si presta el servicio de telecomunicaciones, directamente o a través de concesiones, mediante contratos con el sector privado, para la concesión de un servicio público, en el que recaerá toda la responsabilidad; y, Por ser una entidad pública Municipal, no necesita de un contrato de concesión, permiso, ni autorización previa alguna, por cuanto es operadora de servicios, como ente que forma parte del Estado Ecuatoriano; teniendo incluso ETAPA, de acuerdo a la disposición Constitucional; citada, la reserva legal para cualquier concesión a empresas mixtas o privadas, relacionadas con la prestación de servicios públicos en materia de telecomunicaciones. Consecuentemente los miembros del Directorio, no han violado normas de carácter penal; y, en el supuesto de existir responsabilidades en los actos realizados por los encausados, ellas serán de carácter civil y administrativo, como lo determina las conclusiones del informe presentado por los auditores; hecho este robustecido por la consulta que hace, el Gerente de ETAPA al Director de la Regional 2 de la Contraloría General del Estado, sobre la contratación para la operación de interconexión de Telefonía con corresponsal extranjero, el que al absolver la consulta dice: "De conformidad a la base legal anteriormente citada y si se observa el marco legal general, este organismo de control no ve objeción alguna para

suscribir libremente acuerdos operativos o de interconexión con corresponsales en el exterior. En el caso de que existan normas reglamentarias que al respecto hubiere dictado ETAPA, dicha entidad tiene la facultad de reformar o derogar esas normas conforme lo estimare más conveniente. De todo lo dicho, se concluye de manera clara e inequívoca, que ETAPA tiene autonomía administrativa, para prestar servicio de telecomunicaciones directamente o a través de concesiones por ser titular del servicio; calidad que está ratificada por el art. 14 de la Ley Especial de Telecomunicaciones. Frente a la tesis esgrimida por la Contraloría General del Estado y por los integrantes de la Tercera Sala de la Honorable Corte Superior de Justicia de Cuenca, en el sentido de que los sindicatos deben responder por el delito contemplado en el tercer artículo innumerado agregado después del art. 257 del Código Penal, se hace imprescindible hacer la siguiente reflexión: El elemento constitutivo de la acción del sujeto activo del delito es el acto voluntario e intencional de causar daño. Se evidencia que estas exigencias legales constituyen la necesidad de que la acción del sujeto activo del delito sea dolosa, esto es que hubo el designio de causar daño siendo necesario establecer procesalmente, si los sindicatos han actuado de esta manera; y al respecto, con el informe presentado al Directorio, por la Comisión asesorada por técnicos de los diferentes departamentos de ETAPA, cuyos criterios fueron conocidos por esta Entidad, así como por la empresas que participaron, y que no ha sido objetado por la Contraloría, se establece que los encausados, al consignar su voto, para la selección de la Empresa INSATEL, lo hicieron precisamente fundamentados en este informe. Ante esta situación a menester insistir en que el núcleo básico de todo delito esta dado por el verbo rector DOLO (Art. 14 Código Penal) que constituye el indicador o clasificador de la naturaleza de una infracción; siendo este verbo rector el que determina la conducta humana, acorde con el contenido de una norma penal; por eso la infracción que se denuncia, contemplada en el tercer artículo innumerado agregado después del art. 257 del Código Penal y que tiene relación estrecha con el art. 14 del mismo cuerpo legal, tiene que ser dolosa e intencional por parte del sujeto activo del delito, para favorecerse o favorecer a terceros. Para Jiménez de Asúa, dolo es: “la producción de

un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta un deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso especial, de la relación de causalidad existente, entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado, cuya previsión fue posible". Es decir lo que caracteriza a la infracción dolosa es la voluntad del sujeto activo del delito, para causar daño. Mas en autos no se ha demostrado, que los encausados hayan actuado dolosamente, es decir con voluntad y el designio de causar daño; y, al consignar su voto en la selección de INSATEL, no se ha contado con el elemento rector, de este delito, que es el DOLO, por la falta de una correcta adecuación de su conducta a las normas legales pues no se ha podido demostrar el hecho de que la conducta de los procesados, haya sido el resultado de un accionar delictivo individual ni colectivo; es decir no se ha probado de autos la responsabilidad penal de los sindicados en el delito que se juzga, porque las actuaciones están exentas del elemento constitutivo del delito (EL DOLO). Por tanto no existiendo nexo alguno, que ligue la actuación de los imputados con el designio de causar daño, jamás se puede hablar de responsabilidad penal, de estos, en el delito perseguido; sin que se les pueda imputar de conducta ilícita, que genere responsabilidad penal, en razón de que en autos no se ha probado el ánimo de causar daño o de perjudicar, favorecerse o favorecer a nadie. Además el informe fue conocido por el Directorio y aceptado por unanimidad; y, más bien las largas deliberaciones que precedieron a las resoluciones del Directorio demuestran que la selección de INSATEL, estuvo al margen de cualquier entendimiento fraudulento entre los miembros del Directorio. Han sostenido los auditores, que INSATEL estaba formada por el mismo equipo accionario de "AMERICAN LINK" involucrado en tráfico ilegal de telefonía, argumento que se destruye, con el oficio de Octubre 29 de 1999, suscrito por el Superintendente de Telecomunicaciones, hasta la presente fecha no ha expedido resolución alguna de sanción en contra de INSATEL cuya ratificación, sobre este particular, se da posteriormente mediante oficios remitidos por el Secretario General de la Superintendencia de Telecomunicaciones quien certifica: "Que a la presente fecha, la

compañía INSATEL no ha sido sancionada por tráfico ilegal de telecomunicaciones”. Si la empresa AMERICAN LINK, de la que es accionista INSATEL, ha tenido hechos de tráfico ilegal de telefonía, no puede afectar el prestigio de la empresa INSATEL, que nada tiene que ver con el tráfico ilegal de telefonía, conforme ha certificado o legalmente, debiendo aclararse que los delitos penales son personales. Del análisis del informe de la Contraloría General del Estado, y del proceso, se pone en evidencia los siguientes hechos:

- a) Los fundamentos del auto de llamamiento a Plenario, dictado por la Tercera Sala de la Honorable Corte Superior de Justicia de Cuenca, en contra de los cinco miembros del Directorio de ETAPA, se refieren a datos no comprobados, que no pueden ser estimados, ni siquiera como presunciones de responsabilidad penal en los términos del Código de Procedimiento Penal, porque para ser tomados como tales, deben ser consecuencias lógicas derivadas de ciertos acontecimientos debidamente establecidos; de ahí que, el Presidente de la H. Corte Superior de Justicia no comparte el criterio de la Tercera Sala de la H. Corte Superior de Justicia de Cuenca, cuando sostiene, en el considerando octavo del Auto de llamamiento a Plenario, dictado en contra de los sindicatos, que: “....se ha justificado tanto la existencia de la infracción como la culpabilidad en la comisión del delito por parte de los inculpados de tal perpetración....”, y que “....cometieron el delito incriminado y sancionado en el tercer artículo innumerado después del art. 257 del Código Penal...” determinando así culpabilidad y no meramente presunciones de responsabilidades, sin que sea el momento procesal para ello. La conducta de los sindicatos, no lleva a ninguna conclusión relacionada con el delito prescrito en el tercer artículo innumerado que se agrega después del Art. 257 del Código Penal, en razón de que consignaron su voto a favor de INSATEL, en base y fundamento del informe presentado por la comisión, sin que exista la intencionalidad de causar daño, favorecerse, ni favorecer dolosamente a la Empresa INSATEL.
- b) La ley procesal exige que toda prueba será apreciada por el Juez o Tribunal conforme a las reglas de la sana crítica como así lo preceptúa el Art. 64 del Código de Procedimiento Penal, anterior, con el que se está

tramitando esta causa, y que las presunciones que el Juez o Tribunal deduzca de las pruebas constantes en el proceso deben ser graves, precisas y concordantes. Que las presunciones sean graves significa que los hechos de donde se deduce sean concluyentes, que la conclusión fluya como consecuencia lógica de los antecedentes; que sean precisas, quiere decir que llevan a la conclusión que pretenda establecerse; esto es, que no sean vagas ni conduzcan a diferentes conclusiones; que sean concordantes, quiere decir que todas guarden relación y conexión entre sí y que no se excluya entre ellas. Estas condiciones de la prueba indiciaria o conjetural, para condenar, no concurren según los datos del juicio, tanto mas que el Art. 66 del Código de Procedimiento Penal, determina que para que la presunción constituya prueba es necesario: 1.- Que la existencia de la infracción se encuentra comprobada conforme a derecho; 2.-Que se funde en hechos probados y nunca en otras presunciones; y 3.- que los indicios sirvan de premisa a la conclusión y sean: a) Varios; b) relacionados tanto con el asunto materia del proceso como los otros indicios, esto es que sean concordantes entre sí; c) unívocos, es decir que necesariamente todos conduzcan a una sola conclusión; y d) directos, de modo que permitan establecerlos lógica y naturalmente, lo que no ocurre e el caso que se juzga.

- c) Es mas, el inciso 2 del Art. 14 del Código Penal dice: “la infracción dolosa, que es aquella en que hay el designio de causar daño” pudiendo ser infracción dolosa, intencional, cuando produce daño previsto y querido por el sujeto activo._ Es decir que la actitud, para que sea dolosa tiene que haber voluntad y conocimiento de un acto que la ley prevé._ Por tanto si un acto no esta revestido de estos elementos, no puede darse un delito penal doloso, o simplemente no existe delito; y, la conducta de los sindicados no se enmarcan en la infracción prevista en el tercer artículo innumerado que se agrega después del art. 257 del Código Penal, que dice “ La misma pena señalada en los artículos anteriores se impondrá a las personas elegidas por votación popular, a los representantes o delegados y a los funcionarios, empleados o servidores públicos que aprovechándose de la representación popular o del cargo que ejercen se favorezcan o hayan favorecido a personas naturales o jurídicas, para que, en contra de

expresas disposiciones legales o reglamentarias, les hubiesen concedido contratos o permitido la realización de negocios con el Estado, o con cualquier organismo del sector público.- Quedan comprendidos en la misma disposición anterior y sujetos a igual pena los directores, vocales o miembros de los organismos administrativos del Estado o del Sector Público en general que, con su voto, hubiesen cooperado a la comisión del delito al que se refiere el inciso precedente”.- Esta disposición contiene como elemento del delito el favorecer, y que de acuerdo con el diccionario de la Real Academia significa: “ayudar ampara a alguien. Apoyar a un intento, empresa u opinión. Dar o hacer un favor. Mejorar el aspecto o apariencia de alguien o de algo.-Acogerse a alguien o a algo. Valerse de ayuda o amparo”.- Pero este favorecer tiene que ser contrario a ley, ilícito, aprovechándose de la representación o del cargo, violando expresas disposiciones legales reglamentarias, y que se favorezcan o hayan favorecido a personas naturales o jurídicas, concediéndoles contratos o permitiendo la realización de negocios con el Estado; siendo así que, en el caso que nos ocupa, los miembros del directorio no han violado disposiciones legales ni reglamentarias que acarreen responsabilidad penal.- Vale la pena, también, definir, el término “designio” que trae el inciso segundo del art. 14 del Código penal.- Según el diccionario de la Real Academia de la lengua “designio” es: “pensamiento, plan. Intención o propósito”; y, siendo el delito denunciado por la Contraloría doloso, debe, según la jurisprudencia probarse el dolo, el pensamiento, el plan, la intención, o propósito, con el que actuaron los sindicatos; y, tanto de la prueba documental como testimonial, se evidencia con claridad meridiana que la selección que se hace de la empresa INSATEL, por parte de los vocales del Directorio de ETAPA(sindicados), que si bien no es unánime tampoco, por ello puede ser fraudulenta, en vista de que toman la decisión de consignar su voto fundamentados en lo elaborado por la comisión designada para el efecto, en la cual intervinieron técnicos en la materia apoyando la gestión, la que no ha sido, en ningún momento, cuestionada, como se refiere en líneas anteriores; c) Que los sindicatos, no se han favorecido, ni han favorecido a la Empresa INSATEL, al consignar su voto para la elección de esta Empresa; por lo que siendo elemento

constitutivo, del delito denunciado, el dolo, que no se ha demostrado, no cabe duda alguna, que los procesados, al actuar en la forma que lo hicieron, no han adecuado su conducta a la norma legal por la que se les acusa, cuya descripción prevé una de las formas de peculado, debiendo tomarse en cuenta que el auto de llamamiento a Plenario no surte efectos irrevocables para la sentencia.

8. El cuadro procesal así descrito, apreciado conforme a las reglas de la sana crítica, según lo previsto en los arts. 61, 64 y 157 del Código de Procedimiento Penal lleva al juzgador a las siguientes conclusiones: 1) El Art. 11 del Código penal dispone que nadie podrá ser reprimido por un acto previsto por la Ley como infracción, si el acontecimiento dañoso o peligroso de que depende la existencia de la infracción, no es consecuencia de su acción u omisión; pero, tal acción u omisión deben reunir, necesariamente, ciertos requisitos para que sean considerados delitos, sin los cuales, la conducta, del agente no es delictuosa.- La declaración de este artículo, esta supeditada a la calificación del Art. 32, de este mismo cuerpo legal, pues la simple acción u omisión, por sí mismas, no bastan, es necesario que la conciencia y la voluntad de delinquir hayan estado presentes, para que sea el acto punible.- Varios tratadistas, entre estos: Luís Jiménez de Asúa, comenta y sostiene, que la voluntariedad es sinónimo de dolo, "igualmente el tratadista Pacheco, sostiene que esta voluntad traducida en la acción u omisión para que sea delito, tiene que suponer libertad inteligente e intención, que son los elementos del dolo.- Es decir que la voluntad en el sujeto activo del delito, tiene que ser maliciosa, equivalente al dolo.- Siendo en consecuencia delitos los actos voluntarios en cuanto se ejecutan con malicia sin cuyo requisito esencial pierden el carácter delictuoso que de otra suerte revestirían.- El elemento de voluntad que ha de concurrir en las acciones u omisiones, penadas en la Ley como delitos, implica la malicia o intención de causar daño y sin estas no hay delito.- En el caso que nos ocupa, los directores no han actuado con intención y malicia de causar un mal o daño que reiteradamente exige la jurisprudencia para que las acciones u omisiones sean delitos.- 2) El art 14 ibidem prescribe a la infracción dolosa como el designio de causar daño y agrega que la infracción dolosa es intencional cuando produce un daño previsto y

querido por el sujeto activo, llevando, el dolo, dentro de si la voluntad y el conocimiento, de ejecutar un acto previsto como delito penal; y, el Art. 23 del mismo cuerpo legal dispone que nadie puede ser reprimido por un acto previsto por la Ley, como infracción, si no lo hubiere cometido con voluntad y conciencia; 3) el dolo consiste en la violación a la Ley penal con voluntad y conciencia sea mediante un hecho positivo o por omisión al cumplimiento de un deber jurídico. Se funda en el concepto de la acción humana, la que se supone libre y voluntaria en la persona a efecto de establecer responsabilidad.

9. Al no haberse probado, en el proceso, que los sindicatos actuaron con dolo, el Juez arriba a la conclusión de que no incurrieron en la comisión del delito tipificado y reprimido en el Tercer artículo innumerado agregado después del Art. 257 del Código Penal.
10. Para condenar se requiere prueba plena de la culpabilidad de los sindicatos; esto es, que no quede duda sobre su participación.- Tratándose de la autoría material, el nexo causal Físico entre el autor y la víctima debe quedar suficientemente establecido, de modo que sin lugar a dudas se pueda afirmar y sostener que los procesados sean, realmente, los autores del delito.- En este juicio según el Juez de la causa no se ha probado, de que los sindicatos actuaron dolosamente al consignar su voto para seleccionar a INSATEL a la que no se lo ha cuestionado en su aspecto técnico y económico, como así se desprende del proceso, habiéndose seleccionado, también, a otras Empresas.- El cuestionamiento a la Empresa INSATEL se refiere a que no debía ser seleccionada por estar inmerso en tráfico ilegal de telefonía o by pass, y se lo hace por la denuncia, de la empresa BTC aun diputado de la provincia, al sentirse perjudicada en el proceso de selección, quien cree que, no debe ser seleccionada, por estar comprometida en tráfico ilegal de telefonía o by pass, situación que ha sido desvirtuada, con prueba plena, en relación a la Empresa INSATEL.
11. No se puede condenar, por simples presunciones, por datos que no han sido comprobados.- Si bien las expresiones emitidas por uno de los miembros del Directorio atentan a la Majestad de la Justicia, estas no pueden constituir un elemento de convicción para presumir responsabilidad penal en contra de los encausados, peor para

condenarlos, pues esto nada tiene que ver con el delito que se juzga.- Los integrantes de la Tercera Sala de la Honorable Corte Superior de Justicia de Cuenca, sin acoger el dictamen fiscal, ubicaron la supuesta infracción, que se juzga, en el tercer artículo innumerado agregado después del Art. 257 del Código Penal; sin embargo del análisis efectuado en los considerándolos precedentes, se llega a la conclusión de que los sindicados no son autores de la comisión del delito tipificado y reprimido en la citada disposición legal; por lo que, de conformidad con lo prescribe el Art. 326 del Código de Procedimiento Penal esta sala absuelve a los sindicados, del delito acusado, declarando que la denuncia no es maliciosa ni temeraria.; hasta aquí la sentencia.

Posteriormente la sentencia es apelada por la Contraloría General del Estado, por lo que la causa vuelve a conocimiento de la Tercera Sala que previno en su conocimiento, en este Tribunal se suscita un incidente por la excusa presentada por los Ministros Titulares ante los Conjueces que al considerar infundada dicha excusa, se remite el proceso a la Corte Suprema de Justicia, para que una de las Salas Especializadas de lo Penal se pronuncien, como en efecto lo hace y dispone que conozca y resuelva la Sala de la Corte Superior de Cuenca en que se radique la competencia por sorteo, exceptuando la Tercera Sala. Una vez hecho el sorteo respectivo corresponde el conocimiento a la Cuarta Sala de la Honorable Corte Superior de Cuenca en la que permanece el proceso sin resolución hasta que por resolución de la Corte Suprema de Justicia por efecto de la nueva estructuración de las Cortes Superiores del País, con las Salas Especializadas, se produce un resorteo de causas y finalmente se radica la competencia en la Segunda Sala Especializada de lo Penal, Colusorios y de Tránsito de la Corte Superior de Cuenca, que para resolver, considera²²:

1. La Contraloría General del Estado, ataca la sentencia subida en grado, porque en el referido fallo no se ha considerado que la Institución de control, en su memorando de responsabilidades ha establecido indicios de responsabilidad penal; sin embargo, esto es intrascendente, toda vez que si

²² Resolución dictada por la Segunda Sala Especializada de lo Penal, Colusorios y de tránsito, fjs. 3915 a 3919 del juicio seguido en contra de ETAPA en el proceso de selección de corresponsales de telefonía internacional "carriers"

bien es una atribución de la Contraloría General del Estado establecer indicios de responsabilidad penal, mediante la determinación de hechos incriminados por la ley, dicha atribución sirve exclusivamente para las investigaciones pertinentes en la acción penal, en la que se debe probar tanto la existencia de la infracción como la participación del o los imputados, cuya valoración corresponde privativamente al juzgador y no a la Contraloría General del Estado; por lo mismo, la sentencia debe fundamentarse en la prueba debidamente actuada dentro del proceso y no por el criterio emitido por el organismo de control.

2. La Contraloría General del Estado imputa a cinco de los miembros del Directorio de ETAPA el ilícito penal tipificado e incriminado en el tercer artículo innumerado agregado después del Art. 257 del Código Penal y en varios de los escritos presentados, se refiere a las irregularidades que a su juicio se cometieron en el proceso de selección. Se dice que ETAPA no se sujetó a un proceso previamente definido; que varias compañías presentaron ofertas e interés en prestar los servicios de telefonía internacional, ante lo cual el Directorio designó a dos de sus miembros para que analicen las propuestas presentadas y que se sigan presentando; que se elaboró una matriz con las ofertas presentada por cada una de las compañías, desconociéndose los parámetros establecidos para la exclusión de siete compañías que ofertaron sus servicios; que se establecieron diferentes plazos para la presentación de la información; que antes que el Directorio haya procedido a la selección de las Empresas, el Gerente de ETAPA ha comunicado a las compañías INSATEL, ON CALL y BTC, que sus propuestas habían sido aceptadas; que no se elaboró previamente un reglamento interno específico que regula el proceso de selección; que los contratos fueron celebrados sin considerar el principio de igualdad para las tres compañías seleccionadas; que no hubo informes legales previos; que el cuadro comparativo presentado con el informe por parte de la comisión no tiene ni fecha ni firma de responsabilidad. Todas estas irregularidades sirven para establecer responsabilidades administrativas que ameritan sanciones previstas en la Ley Especial de Telecomunicaciones, pero no son hechos que deban ser siquiera materia de análisis por parte de la administración de justicia en el área penal,

máxime que los sindicatos han sido llamados a la etapa plenaria por el delito de favorecimiento ilícito a favor de la empresa INSATEL que tipifica el art. 257.3 del Código Penal: "(Aprovechamiento del cargo para hacer concesiones ilegales).

3. De autos no hay dato o indicio alguno para llegar a la conclusión que los miembros del Directorio de ETAPA que consignaron su voto a favor de INSATEL hayan favorecido a dicha empresa para que en contra de expresas disposiciones legales o reglamentarias contrate con ETAPA, puesto que cualquier irregularidad en el proceso de selección serán quebrantamientos de disposiciones que, como se ha manifestado anteriormente no generan sino responsabilidades de carácter administrativo y no responsabilidad penal. Es preciso también considerar que el proceso de selección de telefonía internacional, no pretendía la contratación con una sola empresa sino que buscaba la posibilidad de contratar hasta con cinco empresas, pero que por diversas consideraciones, se pudo contratar únicamente con tres empresas, lo cual no esta siendo cuestionado por la Contraloría, sino únicamente por la contratación llevada a cabo con INSATEL, luego que la mayoría del Directorio de ETAPA procede a su selección, basado en el informe emitido por la comisión designada para el efecto, la que estuvo constituida por dos de sus miembros que actúa con apoyo del personal técnico de la Institución, tanto mas que nunca se ha cuestionado la oferta presentada por INSATEL, en cuanto hace relación a aspectos técnicos y económicos. Es entonces evidente y de lógica elemental, que si los miembros del Directorio consignaron su voto para la selección a favor de INSATEL, en base de un informe técnico, no hubo dolo o designio de causar daño como determina el art. 14 del Código Penal, dolo además, que no puede presumirse sino que debe ser probado, lo cual según esta Sala no ha ocurrido en este caso. La objeción a la selección hecha a favor de INSATEL, hace relación a que esta estuvo impedida por estar incurso e tráfico ilegal de telefonía o by pass, pero al respecto se debe considerar que si bien no hay disposición legal o reglamentaria que impida contratar con una empresa que ha sido sancionada por tráfico ilegal de telefonía, por prestigio de la institución, debió rechazarse toda propuesta; sin embargo, no hay duda que al

momento de la votación en que se procede a seleccionar a la empresa INSATEL, se contaba únicamente con la certificación remitida por la Superintendencia de Telecomunicaciones que decía: "INSATEL aparece en los archivos de AMERICAN LINK, clausurada por by pass" y el oficio, en el que expresamente se decía que INSATEL no había sido sancionado. Si los miembros del Directorio que consignaron su voto a favor de la selección de INSATEL acogiendo el informe de la comisión y no existía objetivamente ningún documento que justifique que dicha empresa haya sido sancionada por tráfico ilegal, aunque pudieron darse comentarios políticos interesados o no al respecto, no podemos llegar a la conclusión que se haya perpetrado del delito de favorecimiento ilícito favor de INSATEL, tanto mas que para la condena se requiere prueba plena que llegue al grado de certeza en el conocimiento del Juzgador, sobre la existencia del delito y la responsabilidad del acusado. Basado en todo lo antes expuesto por la Segunda Sala Especializada de lo Penal, Colusorios y de Tránsito confirma en todas sus partes la sentencia absolutoria recurrida y venida en grado

No compartimos el criterio dado por los sobreseimientos, pues es claro que los Jueces confunden, en su interpretación al decir que no existe dolo, pues, como tantas veces se cito en dichas piezas procesales a diferente autores, el dolo se lo puede resumir como la intención de hacer daño, los Juzgadores, creen que no existe esa intención de hacer daño, nos preguntamos entonces, ¿si el actuar del señor Alcalde y de uno de los miembros del Directorio es o no dañoso?; o será que a pretexto de que ley adjetiva penal exige certeza, para condenar, se quiere tener si es posible prueba documental u otro tipo de prueba que no lleve a duda; esto nos parece exageración y una forma distorsionada de apreciar la prueba. Pienso que existe, presunciones graves, precisas, concordantes como lo exigía la ley adjetiva penal de aquella época y que incluso lo exige la nueva ley adjetiva. Es o no presunción la forma de actuar del Alcalde, cuando realizo los siguientes actos:

1. Se reunió en la ciudad de Miami con los representantes de las empresas que estaban en conflicto ya que el directorio de Etapa las había rechazado y, pese a que el directorio en una de sus sesiones había

prohibido expresamente que los miembros del directorio mantuvieran reuniones o aceptaran invitaciones con alguna de las empresas participantes, ¿por qué accedieron a mantener reuniones con los representantes de dichas empresas?.

2. Luego de su viaje a Miami tanto el alcalde como uno de los miembros del Directorio pidieron a los miembros del Directorio que reconsideraran su posición frente a estas empresas logrando de esta manera que en esa sesión el Directorio se vote a favor de INSATEL , pero no pudieron obtener el mismo resultado con la empresa BTC.
3. Además los testimonios rendidos por uno de uno de los miembros del Directorio afirma que en mas de una ocasión sesionaron de manera reservada tratándose temas que posteriormente no se los puso a consideración para su conocimiento y aprobación en sesiones posteriores.
4. Pese a saber que estas empresas estaban inmersas en tráfico ilegal o by pass ¿Por qué el Sr. Alcalde en mas de una ocasión llamó a los miembros del Directorio a reuniones “informales” en su despacho con la finalidad de hacerles “reflexionar” y además solicita a los miembros que dejen de mirar los antecedentes de las empresas acá en el país, y que se fijen en sus socios locales, sosteniendo además que el viene entendiéndose con los máximos personeros de dichas empresas es decir Insatel y Btc?
5. Tanto el Sr. Alcalde como uno de los concejales en esa misma reunión “informal” proponen un viaje a Miami, con todos los gastos pagados a todos los miembros del Directorio así como a todos los directores que venían participando en el proceso afirmando además que si aceptaban dicha invitación, en la ciudad se encontraba en a espera de sus noticias un representante de una de las empresas en conflicto y en mas de una ocasión mientras duraba la reunión recibió llamadas de este mencionado representante.

Por esto creemos que si existieron los elementos suficientes para demostrar no sólo la existencia de la infracción sino incluso el otro elemento básico del proceso penal, la responsabilidad de los imputados.

3.2 Conclusiones Generales

Después de todo lo analizado, y para concluir es indiscutible que para mi criterio no debía darse el sobreseimiento, pues, como hemos expresado a lo largo de éste trabajo y luego del análisis de los hechos, vale puntualizar el tipo penal, favorecimiento ilícito, que es el que yo pienso se cometió, y esto a saber:

Como ya exprese en éste trabajo, al ver el tipo penal que pienso se dio, es de que Se requiere naturalmente el dolo, ya que la imprudencia es incompatible con las expresiones “influyen” y “prevalimiento”. El ánimo de conseguir un “beneficio económico” para sí o para un tercero va también implícito en el dolo, por lo tanto los sobreseimientos dados por Los Jueces, en cuanto que no hay dolo, no comparto y no tomaron lo que la doctrina dice: QUE EL ANIMO DE CONSEGUIR BENEFICIO PARA SI O PARA UN TERCERO, lleva implícito el dolo, lo que no concibieron los Jueces.

Vale señalar otro aspecto importante, cuando a través de estos nuevos delitos de tráfico de influencias se cometan otros con bienes jurídicos diferentes (prevaricación, violación de secretos, etc.) se dará el correspondiente concurso de delitos, normalmente en una relación medio-fin. Es decir, que cuando se comete tráfico de influencias se comete concomitantemente otras infracciones. En el presente caso, el actuar del señor Alcalde, pensamos que al hacer reunirse con los máximos personeros de estas empresas, como el mismo lo afirma, es evidente que su actuar de favorecimiento ilícito se hizo presente, y conjuntamente cayo en otro tipo de infracciones, que éstas sí, tal vez no

podamos probarlas, como sería el violar secretos de concurso, que no se podrá probar, pero, que por su actuar es evidente que pudo haber caído.

Es claro, que su actuar se encasilla en el favorecimiento ilícito, sabiendo que es un tipo penal muy sutil, cuyo elementos del tipo no son precisos, pues, regula una conducta subjetiva, como es el de la Autoridad, que con su actuar, influye en un decisión. Ya que como expresamos el delito se consuma con el simple ofrecimiento de hacer uso de influencia sea de un tercero o de la Autoridad a las autoridades o funcionarios, siempre, eso sí, que solicite o acepte del tercero o de la Autoridad, algún tipo de beneficio económico

Por todo lo expuesto, es indiscutible de acuerdo con la prueba aportada, que si se llegó a probar el tipo de favorecimiento ilícito que habla nuestra ley, especialmente por parte del Alcalde y un miembro del Directorio, pues su actuar, es indiscutible que se acoplo a la conducta penal señalada; por todo ello no compartimos desde el punto de vista doctrinario jurídico de que no se haya continuado con el proceso penal, pues, creemos que en éste proceso primaron las influencias de otro índole y no los elementos jurídicos.

BIBLIOGRAFÍA

- CARMINAGNI, Giovanni, Elementos de Derecho Criminal
- CARRARA Francisco, Programa de Derecho Criminal.
- CUELLO Calon Eugenio, Derecho Penal II
- CREUS Carlos, Derecho Penal II
- ETCHEVERRY Alfredo, Derecho Penal
- GIRALDO Marín Luís, La Ley Penal ante la Corte Superior.
- GOMEZ Eusebio, Tratado de Derecho Pena
- GUZMÁN Lara Aníbal, Diccionario Explicativo de Derecho Penal
- JIMÉNEZ DE ASUA Luís, Defensas Penales
- LABATUT Gustavo, Derecho Penal II
- SOLER Sebastián, Derecho Penal
- TORRES Chávez Efraín, Breves Comentarios al Código Penal del Ecuador