

SEÑOR DOCTOR LUIS HERNAN BOLIVAR SALGADO PESANTE, JUEZ CONSTITUCIONAL DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR.

DR. PATRICIO ARMANDO CALDERÓN CALDERÓ; y, ABOGADO ENRIQUE SANTIAGO BRIONES SOTOMAYOR, en nuestras calidades de Jueces Provinciales de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, dentro de caso número 205-16-EP, acción extraordinaria de protección formulada por el señor Lenín Hermógenes Espín Canga, en calidad de apoderado de Carlos Pólit Faggioni, ex Contralor General del Estado, a usted con las debidas consideraciones comparecemos y presentamos informe motivado de descargo sobre los argumentos de la referida acción jurisdiccional, bajo las siguientes consideraciones:

PRIMERO. - Llega a conocimiento del Tribunal de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, integrado por los suscritos Jueces provinciales, la causa número 23100-2011-0001, por recurso de nulidad de los procesados, en aquel entonces, SANTIAGO JAVIER SALAZAR ARMIJOS, MARCO TULIO ZAMORA ZAMBRANO, ALONSO GUSTAVO GRANJA YANZA, JOSÉ ANDRES QUIJIJE ÁLAVA, SALOMÓN HOMERO MERINO BÁEZ y ROBERTO ANTONIO BUSTAMANTE LOZANO, y recurso de apelación interpuesto por el DR. JORGE MONTERO BERRÚ-FISCAL, SANTIAGO JAVIER SALAZAR ARMIJOS, MARCO TULIO ZAMORA ZAMBRANO, ALONSO GUSTAVO GRANJA YANZA, JOSÉ ANDRES QUIJIJE ÁLAVA, SALOMÓN HOMERO MERINO BÁEZ y ROBERTO ANTONIO BUSTAMANTE LOZANO; y, adhesión al mismo por parte de Patricia Mora Alvarado, al auto de llamado a juicio dictado en su contra, el miércoles 25 de marzo del 2015, a las 12h08, por el Dr. Galo Luzuriaga Guerrero, Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo.

SEGUNDO.- SOBRE LOS ANTECEDENTES DEL CASO.- La causa tenía su antecedente en la investigación iniciada por la Fiscalía Provincial de Santo Domingo de los Tsáchilas, teniendo como antesala la denuncia presentada por el Ing. Marco Cobo Salinas, Delegado Provincial (e) de la Contraloría General del Estado en la provincia de Santo Domingo de los Tsáchilas, misma que en lo principal, manifiesta que se analizó el contrato de arrendamiento del tractor de oruga 215HP con la señorita Patricia Elizabeth Mora Alvarado, para realizar

trabajos de movimiento de tierra y material pétreo en cierre de rellenos del sector La Lorena, Coop. Che Guevara, el Toachi, La Concordia, y otras que designe la Dirección de Saneamiento Ambiental y para el mejoramiento de vías en los rellenos sanitarios del cantón; que conforme análisis grafológico las firmas del Alcalde y Contratista Patricia Elizabeth Mora Alvarado constantes en el contrato no les corresponde, presumiéndose además que el certificado del IESS era falso, que el 16 de octubre del 2006, el Dr. Jorge Guerrón Almeida, Director de Saneamiento Ambiental, elaboró los términos de referencia para la contratación de un tractor de oruga, con la finalidad de realizar trabajos de operación y mantenimiento de relleno sanitario en diversos sectores de la ciudad, con un plazo de 365 días, a razón de \$59 la hora, por un total de 1800 horas, indicando que los trabajos se pagarían conforme los recibos emitidos por el inspector y personal asignado por la dirección y conforme los precios unitarios establecidos por las partes; que el 28 de febrero de 2007, por segunda ocasión el ex Director solicitó al señor Kléber Paz y Miño Flores, Alcalde del Gobierno Municipal de Santo Domingo, disponer la contratación de un tractor de oruga para realizar los trabajos de movimiento de tierra, materiales pétreos y otros, para rellenos en varios sectores de la ciudad; que para este requerimiento el Abogado Santiago Salazar, Coordinador de Contratación Pública de ese entonces, con documento N° 063 de 30 de enero de 2007, solicitó al Director Financiero, Lic. Alexis Toscano, emitir la certificación de fondos para continuar con los trámites, de igual manera el Coordinador de Contratación Pública, con memorando CP-094-AV-2007 de 27 de febrero de 2007, requirió al Director de Saneamiento Ambiental del Municipio elaborar más detalladamente los términos de referencia para la contratación de un tractor de oruga; que en comunicación de 05 de marzo de 2007, el señor Alcalde de ese entonces invitó a la Empresas Aflocon, Generation Word y a Patricia Elizabeth Mora Alvarado, como persona natural, para el concurso de arrendamiento de un tractor de oruga 215HP; que una vez presentadas las ofertas el señor Alcalde con oficio N° 0324-CD-07 de 14 de marzo de 2007, designó la comisión técnica para que evalúen las ofertas presentadas; que los señores Ing. Civil Alonso Granja, Dr. José Abril Molina y Econ. José Quijije, miembros de la comisión evaluaron las ofertas y presentaron su informe al Ab. Santiago Salazar, Coordinador de Contratación Pública, en el que hacen constar que la oferta presentada por Patricia Elizabeth Mora Alvarado

es la mejor alternativa para los intereses municipales; que en oficio N° 00375-CD2007, de 22 de marzo de 2007, Kléber Paz y Miño Flores, Alcalde en esa época comunica a la acusada Patricia Mora, que le ha sido adjudicado el contrato para arrendar el tractor y realizar trabajos de movimiento de tierras en varios sectores de la ciudad conforme a los detalles, especificaciones técnicas y oferta de 12 de marzo de 2007, presentada por la Contratista, en la que consta su domicilio Av. 1923 intersección Bolivia y Vaca Galindo y dos números de teléfonos celulares, 096480214 y 099534160, números que también constan en su calificación de proveedora de la Municipalidad, conforme certificado emitido por la Coordinación de Contratación Pública y el portal del SRI, que dicha dirección corresponde a la ciudad de Guayaquil, que es coincidencia que uno de los números celulares de la contratista, pertenece al señor Luis Jhonni Pérez Martínez, Gerente de la empresa Maqhayes; que así mismo ha presentado juntamente con su oferta, como referencia de experiencia en trabajos similares un contrato de arrendamiento de equipos suscrito con la Constructora Andrade Gutiérrez; que el 28 de marzo de 2007 entre el señor Kléber Paz y Miño Flores y Dr. Homero Merino Báez, Alcalde y Procurador Síndico suscribieron con Patricia Elizabeth Mora Alvarado el contrato de arrendamiento de un tractor de oruga de 215HP, para realizar trabajos de movimiento de tierras, material pétreo y otros en el cierre del ex relleno La Lorena, Che Guevara, Toachi, La Concordia y otros que designe la Dirección de Saneamiento Ambiental; y, mejoramiento de vías en los rellenos sanitarios del cantón por un valor de \$ 106.200.00; que el 30 de marzo de 2007 se cancela a la contratista un anticipo de \$53.100.00, correspondiente al 50% del valor del contrato, mediante transferencia a su cuenta bancaria, que previo a dicho cobro la contratista otorga a favor del GAD Municipal póliza de buen uso de anticipo N° 1024233 conferida por la Compañía de Seguros y Reaseguros Colonial el 28 de marzo de 2007, en la que la contratista registra el número telefónico 023751550, número que consta en la declaración patrimonial de bienes del 2005, de la señora Jadira Bayas Uriarte, ex Vicealcaldesa del GAD Municipal Santo Domingo y que de acuerdo a la corporación de Telecomunicaciones de Santo Domingo ese número pertenece al señor Carlos Aníbal Ayala Ortiz, padre de Henry Ayala Espinoza; que los comprobantes de pagos generados; de pagos para cancelar cada una de las planillas se habilitaba como documentación de soporte las hojas de control

elaboradas por la Dirección de Saneamiento Ambiental, en las que se detalla el nombre del operador, maquinaria, fecha, lugar, inicio y fin de jornada, total de horas trabajadas y observaciones entre las cuales se describen los presuntos trabajos realizados; que el 29 de marzo de 2007, se suscribe el acta de inicio de obras, entre los señores Ing. Marco Zamora, Fiscalizador; Antonio Bustamante Supervisor de la Dirección de Saneamiento Ambiental, y la contratista Patricia Elizabeth Mora Alvarado, terminándose aparentemente las obras contratadas el 13 de noviembre de 2007, como aparece del acta única de liquidación del contrato correspondiente a las 1800 horas trabajadas, documento suscrito entre Ing. Marco Zamora, Fiscalizador; Antonio Bustamante Supervisor de la Dirección de Saneamiento Ambiental, y la contratista Patricia Elizabeth Mora Alvarado.- Que durante la auditoria, la Contraloría ha dispuesto la práctica de un examen grafotécnico con peritos de la Policía Judicial, concluyendo en su informe que supuestamente las firmas del señor Kléber Paz y Miño, Alcalde Municipal de Santo Domingo y la contratista Patricia Elizabeth Mora Alvarado, constantes en el contrato de arrendamiento del tractor de oruga de 215HP, no les corresponde; que de igual manera presumen que la firma del Alcalde guarda identidad gráfica con la de su hijo Kléber Segundo Paz y Miño Riera; aclaran que al no poder ubicar a la contratista, tampoco contar con su cédula de identidad no han podido realizar el análisis grafológico.- Aclara que han solicitado a la coordinación de Contratación Pública del Gobierno Municipal los originales del concurso efectuado, en especial el oficio firmado por el Alcalde en la invitación a la empresa Generation Word; que en respuesta han recibido la documentación en copias simples del concurso 015-KPF-2007.- El Dr. Vinicio Rosillo Abarca, Fiscal Provincial de Santo Domingo de los Tsáchilas (E), en el desarrollo de esta fase pre-procesal, así como en la de Instrucción Fiscal, dispuso la practica de varias diligencias, y toma de versiones de los involucrados.- El 27 de febrero de 2015 ante el Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas, se lleva a cabo la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, y el 25 de marzo de 2015, a las 12h08 el Dr. Galo Luzuriaga Guerrero, Presidente de la Corte Provincial dicta auto de llamamiento a juicio en contra de Patricia Elizabeth Mora Alvarado, en calidad de autora del delito de peculado previsto y sancionado en el inciso primero de artículo 257 del Código Penal, dicta medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva de los procesados a esa época

José Andres Quijije Álava, Alonso Gustavo Granja Yanza y José Filiberto Abril Molina, en calidad de cómplices; y, de Marco Tulio Zamora Zambrano, Roberto Antonio Bustamante Lozano, Salomón Homero Merino Báez, Jorge Wilson Guerron Almeida, Kléber Paz y Miño Riera y Santiago Javier Salazar Armijos en calidad de encubridores, en contra de quienes no dispone medidas cautelares, de este pronunciamiento los acusados interponen recurso de nulidad y apelación, así como de recurso de apelación interpuesto por el Fiscal Provincial.-

TERCERO. - SOBRE EL RECURSO DE NULIDAD. – El 17 de junio de 2015, a las 09h00, en la audiencia oral pública y contradictoria para sustentar los recursos de nulidad, interviene por una parte el Dr. Camilo Torres, en representación del Ing. Marco Tulio Zamora Zambrano, Ing. Alonso Gustavo Granja Yanza, Econ. Andrés Quijije Alava, Dr. Salomón Homero Merino Báez y Ab. Roberto Antonio Bustamante Lozano, quien sostiene que en el presente caso existe prejudicialidad, porque al haberse argumentado falsificación del contrato de arrendamiento del tractor, debía haber un pronunciamiento de un juez de lo civil que declare la nulidad del mismo, que eso influye en la decisión de la causa; además de que, sus defendidos no fueron notificados con el inicio del examen especial, que se inobservó lo previsto en el artículo 75 de la Constitución en relación con el artículo 90 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, y que por esa razón no han podido presentar oportunamente los justificativos correspondientes; que la Contraloría General del Estado no es el órgano competente para disponer que se realicen o practiquen diligencias investigativas como la pericia grafotécnica al contrato objeto del examen, que esas son atribuciones exclusivas de la Fiscalía General, actuaciones que no han sido subsanadas y vician el procedimiento de nulidad.- El Dr. Víctor Valencia, en representación de Patricia Mora Alvarado, manifiesta, que el Tribunal debe considerar que nunca ha sido empleada de la Contraloría ni funcionaria pública, que el presidente de la Corte en forma inexplicable le llama a juicio en calidad de autora de un delito que nunca ha cometido; que se ha limitado a presentar su oferta, que luego del análisis de las propuestas que se han presentado le han hecho conocer que la suya había sido aceptada; que no conoce a los funcionarios municipales; que en este caso el anterior Fiscal Provincial ya se ha pronunciado acerca de su supuesta participación en el grado de encubridor, sin

embargo de lo cual agravando su situación jurídica el actual Fiscal Provincial le acusa como autora, lo que significa que hay una doble acusación fiscal lo cual genera la nulidad del proceso.- El Dr. Jorge Montero Berrú, en presentación de la Fiscalía Provincial, en replica a los argumentos de los acusados sostiene que todas aquellas cuestiones relacionadas con prejudicialidad, procedibilidad o vicios de procedimiento ya han sido resueltas en la etapa intermedia, y que resulta inútil y una pérdida de tiempo insistir sobre estos planteamientos; hace hincapié a la nulidad pronunciada por la Corte Provincial por defecto del principio de publicidad, quedando sin valor todas las actuaciones procesales, en las que se incluye el dictamen referido por la encausada Patricia Mora Alvarado; razonamientos con los que pide que sea negado el recurso de nulidad.- Por encontrarse presentes los representantes de los organismos de control y al pedir ser escuchados se adhieren a la réplica y los argumentos de la apelación efectuada por el Fiscal.

CUARTO.- DECISION DE LA SALA SOBRE LOS RECURSOS DE NULIDAD.-

El recurso de nulidad está claramente delimitado en el Capítulo II del Título IV (Etapa de Impugnación) del Código de Procedimiento Penal; el artículo 330 ibídem, señala de manera taxativa cuáles son las causales de nulidad, a saber: 1. Cuando la Jueza o Juez de Garantías penales hubieren actuado sin competencia; 2. Cuando la sentencia no reúna los requisitos exigidos en el artículo 309; y, 3. Cuando en la sustanciación del proceso se hubiere violado el trámite previsto en la ley, siempre que tal violación hubiere influido en la decisión de la causa.- De la revisión del expediente los impugnantes sugieren la declaratoria de nulidad por parte de la Corte Provincial, vista que sus alegaciones se reducen a una violación de trámite en la sustanciación del proceso, como lo contempla la causal 3 del artículo 330 del Código de Procedimiento Penal, esto es a la violación del trámite previsto en la ley siempre que tal violación hubiere influido en la decisión de la causa; la pretensión consiguientemente ataca la validez procesal y solicitan su nulidad.- La nulidad procesal se traduce en una privación de efectos imputados a los actos del proceso que adolecen de algún vicio en sus elementos esenciales y que, por ello, carecen de aptitud para cumplir el fin a que se hallen destinados.- El artículo 206 del antes dicho código tiene previstas cuales son las etapas de un proceso penal, siendo estas: 1. La

instrucción fiscal; 2. La etapa intermedia; 3. El juicio; y, 4. La etapa de impugnación.- Cuando el fiscal cuente con la información necesaria y los fundamentos suficientes para deducir una imputación requerirá del Juez de Garantías Penales, señale día y hora para que tenga lugar la correspondiente formulación de cargos, bajo la ritualidad consagrada en el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, y previa solicitud del Fiscal se iniciara oficialmente la primera etapa del proceso penal, es decir la instrucción fiscal, señalando además el plazo dentro del cual concluirá dicha etapa, la que en todo caso, no excederá de 90 días, con la excepción prevista en el artículo 221, para los casos de vinculación.- Durante la instrucción fiscal se receptorá la versión del o de los procesados, la misma que es libre y sin juramento, declaración que debe circunscribirse a las circunstancias y móviles del hecho y sobre su participación o la de otras personas.- Es importante destacar que en ningún caso se obligará al procesado mediante coacción física, moral a que se declare culpable de la infracción, siendo por tanto prohibido que antes o durante la tramitación del proceso el empleo del técnicas o sistemas de cualquier género que atenten contra la declaración libre y voluntaria del procesado; pero además, pueden presentar a la Fiscal o el Fiscal los elementos de descargo que consideren convenientes para su defensa, aun de aquellos que necesitan autorización judicial, es de destacar que en esta etapa la parte ofendida también puede solicitar a la fiscalía los actos procesales que considere necesarios para comprobar la existencia del delito así como la responsabilidad del procesado, si para obtenerlos se requiere de orden judicial, la Fiscalía deberá obtenerla del Juez de Garantías Penales.- Como queda dicho la etapa de Instrucción Fiscal concluirá dentro del plazo máximo de 90 días, salvo los casos de excepción expresamente señalados en la ley; por expresa disposición del artículo 223 del CPP, inciso final, no tendrán valor las diligencias practicadas después del plazo fijado para la duración de la instrucción fiscal.-Una vez que concluya la instrucción fiscal, si el fiscal estima que de los resultados de la investigación existen datos relevantes sobre la existencia del delito y fundamento grave que le permita deducir que el procesado es autor o participe de la infracción, debe emitir dictamen acusatorio, a tal efecto solicitara a los Jueces de Garantías Penales señalamiento de día y hora para que tenga lugar la correspondiente Audiencia Preparatoria del Juicio y Formulación del Dictamen, en la que pedirá al referido

funcionario dicte auto de llamamiento a juicio.- El artículo innumerado 226.1 del tantas veces señalado CPP, prevé de manera taxativa cuál es la finalidad de la Audiencia Preparatoria del Juicio: 1. Conocer de los vicios formales respecto de lo actuado hasta ese momento procesal, los mismos que de ser posible serán subsanados en la misma audiencia; 2. Resolver sobre cuestiones relativas a requisitos de procedibilidad, cuestiones prejudiciales, competencia y cuestiones de procedimiento que puedan afectar la validez del proceso; 3. Anuncio de pruebas a presentarse en el juicio; 4. Resolver sobre solicitud de exclusión de pruebas anunciadas; y, 5. Los sujetos procesales podrán llegar a acuerdos probatorios.- Los procesados de manera uniforme argumentan no haber sido notificados con el inicio del examen especial llevado a cabo por la Contraloría General del Estado, lo que les impidió hacer uso de su derecho constitucional a la defensa, toda vez que no pudieron presentar en forma oportuna los justificativos o descargos correspondientes, con relación a hechos en los que la Contraloría los hubiese señalado con algún tipo de participación, en el contrato que objeto de este proceso penal; y por otro lado, cuestionan las actuaciones de la Contraloría en cuanto tiene relación con una eventual arrogación de funciones, ya que la Contraloría no tiene la capacidad legal para disponer diligencias que son compatibles con el ejercicio de la acción a la Fiscalía General del Estado, como el hecho de haber designado peritos grafotécnicos para que realicen el estudio y análisis documentológico de las firmas y rubricas constantes en el contrato; que esa facultad es exclusiva del Fiscal que adelantaba las investigaciones durante las indagación previa y la instrucción fiscal; y que, como consecuencia de aquello existiendo violación de trámite el informe de Contraloría carece de valor, así como, las actuaciones posteriores de la Fiscalía que inició la investigación con base de un documento espurio, nulo, no obstante que hasta la fecha no existe un pronunciamiento de un Juez de lo Civil que lo declare tal; se agrega además, que en el caso de la acusada Patricia Mora Alvarado, existiría un doble juzgamiento, circunstancias por las que atacan la validez procesal; los impugnantes insinúan que en este caso hubo una evidente violación de trámite y que este Tribunal de la Corte Provincial debe declarar la nulidad como un imperativo de carácter Constitucional, como es la seguridad jurídica.- De la revisión del expediente se ha podido constatar que quienes eran mencionados por la Contraloría en el proceso de Fiscalización sí fueron notificados, como se

desprende de las constancias procesales, como bien señala Fiscalía, razón por la que es inoficioso ahondar en el análisis, por lo mismo sostener que no fueron notificados para apoyar el recurso de nulidad no tiene sustento y debe ser desestimado.- En cuanto a la supuesta arrogación de funciones por parte de los Fiscalizadores Estatales, cabe recordar que el numeral 2 del artículo 212 de la Constitución de la República prevé que entre las funciones de este Órgano de control es la de: “Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado.” (Lo subrayado es de nuestra autoría).- De la transcripción efectuada se puede inferir que la Contraloría siendo entidad destinada a precautelar el uso, el buen uso de los caudales públicos, puede articular y coordinar acciones con otras entidades del sector público a fin de cumplir con su finalidad.- En el caso concreto, bajo las circunstancias descritas, el ataque se reduce a que este Tribunal centre su análisis a una evaluación y valoración de elementos o medios de prueba, hecho que no es posible, porque esa atribución es privativa del Tribunal Juzgador, que no es el caso.- Sin que esto sugiera en modo alguno que la Contraloría, sin duda, puede requerir el auxilio de otras instituciones o personal especializado en determinadas materias, artes u oficios, para la prosecución de sus fines, como ha ocurrido en este caso, mientras no contravengan el marco constitucional y legal, y que tampoco afecte garantías y derechos fundamentales, de los acusados, análisis que le corresponde, como lo dejamos sentado, al órgano juzgador.- El punto de partida de este proceso a no dudarlo es el informe del examen especial practicado por auditores de la Contraloría General del Estado, el mismo que ha llegado a conocimiento de la Fiscalía vía denuncia; la Fiscalía ostentando la titularidad de la acción penal promueve una investigación preliminar o indagación previa, luego formula cargos e inicia la instrucción fiscal con conocimiento del Órgano Jurisdiccional; y, es precisamente en ese escenario en donde los imputados tienen el legítimo derecho de presentar los elementos de descargo de los que se crean asistidos y desvanecer una eventual participación dolosa; por consecuencia es inadmisibles sostener que la Fiscalía y el Órgano Jurisdiccional debía estar supeditado a una declaratoria de nulidad del contrato como sugiere la defensa de los acusados, por lo que la prejudicialidad a la que se hace

referencia es improcedente.- En relación al supuesto doble juzgamiento argüido por la defensa de la acusada Patricia Mora Alvarado, cabe recordar que, al declararse la nulidad del proceso, por parte del Tribunal de la Corte Provincial, el 11 de septiembre del 2014, a partir de fojas 3123, del expediente subido en grado, el dictamen pronunciado por el Fiscal Provincial de la época quedó sin valor alguno, por lo que tal planteamiento es inadmisibile, y se lo desestima. Por los razonamientos expuestos la Sala desestimó los recursos de nulidad, por infundados.

QUINTO. - SOBRE LOS RECURSOS DE APELACION. - El 09 de septiembre del 2015, a las 09h00, se reinstala la audiencia para conocer el recurso de apelación interpuesto por los acusados.- La procesada Patricia Elizabeth Mora Alvarado, a través de su Abogado patrocinador Dr. Víctor Valencia, manifiesta que a su defendida le han calificado como autora del presunto delito de peculado, sin que existan otras personas que no sea ella como la que organizó, manipuló, los procedimientos extracontractuales, contractuales y de ejecución; que parece increíble que en esta época se califique de autora del delito de peculado a la contratista, que tiene una actividad privada, que no ha sido funcionaria pública ni empleada municipal, esta supuesta participación, en el grado de autora presupone que era funcionaria pública, hecho que no es verdad; que esta situación es una irregularidad en este proceso; que no existe ni el más mínimo indicio que haga presumir que su defendida haya cometido el delito de peculado, tomando en cuenta que el núcleo de esta infracción es abusar de los fondos públicos, hecho que no ha ocurrido y que la Fiscalía no ha podido justificar de qué manera se aprovechó de los fondos públicos; que durante la investigación Fiscalía no ha podido probar o justificar ni un centavo de perjuicio al Estado; que el auto de llamado a juicio es ilegal e inconstitucional; que en su calidad de contratista realizó las obras objeto del contrato, y que estuvieron a la vista de todos; que presentó su oferta, pero que no tiene ninguna capacidad ni autoridad para obligar a los funcionarios municipales que la acepten; que son los funcionarios municipales quienes estaban llamados a analizar las ofertas y el cumplimiento de los requisitos establecidos; que es inaudito que al procurador síndico se le haya llamado a juicio en calidad de encubridor, tomando en cuenta que es el Abogado Municipal y por sus manos pasa toda la documentación para

ser revisada y analizada, sin embargo a ella que nunca ocupó cargo en el municipio se le califica como autora.- Los procesados Marco Tulio Zamora Zambrano, Alonso Gustavo Granja Yanza, José Andrés Quijije Álava, Salomón Homero Merino Báez y Roberto Antonio Bustamante Lozano, en persona de su Abogado defensor Dr. Camilo Torres, señalan que el presente caso se inicia por el informe de Contraloría, que los auditores concluyen que habría falsificación de firmas en el contrato de alquiler del tractor y se presumía de falso el documento del IEES, presentado por la Contratista, pero que no cuantifican el perjuicio económico que sufrió la entidad; que todos los procesos derivados de ese informe tienen el mismo resultado; que en este caso a sus defendidos se les procesa por existir documentos falsos, razón por la que habría un desplazamiento de responsabilidad; que a los señores Alonso Gustavo Granja Yanza, José Andrés Quijije Álava se les procesa y se les llama a juicio en el grado de cómplices por haber hecho un análisis de las ofertas presentadas, que su participación es de carácter técnico, que no hacen adjudicaciones ni suscriben contratos; que en el informe de análisis comparativo han hecho constar el nombre de una persona que no había sido invitada, sin embargo aclaran que no fue a quien se le adjudicó el contrato, que la Fiscalía no ha podido probar que sus defendidos se hayan beneficiado económicamente de los recursos municipales a través del contrato en cuestión; que en relación a Homero Merino, Marco Tulio Zambrano y Roberto Antonio Bustamante Lozano, se les menciona en el informe de Contraloría con indicios de responsabilidad penal, sin tomar en cuenta que ellos fueron designados por el Alcalde como fiscalizadores de obra, en la ejecución del contrato, que nada tiene que ver con la fase pre-contractual, en que se dice existieron irregularidades, ellos se han limitado a constatar la ejecución de los trabajos, y que han dado fe que las obras se realizaron como consta en todas las planillas de pago; existen las versiones receptadas a los choferes, fotos de los sitios donde trabajaron, que hicieron un recorrido por todos los lugares en que se ejecutaban las obras; así también que no se ha tomado en cuenta las versiones de varias personas y dirigente de las comunidades beneficiadas con esas obras.- El Dr. Jaime Muñoz, en representación del señor Santiago Salazar Armijos, menciona que para esa fecha era coordinador de contratación del Municipio de Santo Domingo; que los contratos estaban predefinidos; se dice que las firmas de ese contrato son falsas, sin embargo

agrega que todo acto administrativo tiene la presunción de legitimidad y ejecutoriedad; que no existe un pronunciamiento judicial que determine que ese contrato es nulo; tanto más que se ha sostenido la tesis de prejudicialidad, que al tratarse de un proceso administrativo el caso debe ser conocido en Sede de lo Contencioso Administrativo, que no existe ni lo uno ni otro, consecuentemente mientras eso no ocurra el contrato es válido, que Fiscalía no ha podido demostrar que Santiago Salazar haya falsificado las firmas a que hace mención la Contraloría y la Fiscalía, que no hay el nexo causal; que la presunción de inocencia se mantiene incólume; que en contraste con la acusación fiscal no existe justificado un perjuicio económico para la entidad toda vez que la obra se realizó en los términos del contrato, y que en el expediente constan todas las planillas de avance de obra; finalmente refiere que para esa fecha y de acuerdo al monto del contrato las invitaciones podían hacerse de manera directa; razonamientos con los que pide al Tribunal dicte auto de sobreseimiento definitivo en su favor.- El Dr. Mario Galarza, en representación de José Flaberto Abril Molina, quien señala que por disposición del Alcalde integró la comisión técnica, que se confunde comisión con comité, que las observaciones de la comisión no son vinculantes para el Alcalde, y la persona que está al frente del procedimiento es el coordinador, por tal motivo sostiene que su defendido no tiene ningún tipo de responsabilidad por lo que debe emitirse auto de sobreseimiento definitivo en su favor.- El Dr. Jorge Montero Berrú, Fiscal Provincial, primeramente fundamenta su recurso de apelación sosteniendo que en el auto de llamamiento a juicio dictado por el Presidente de la Corte Provincial se ha alterado la acusación fiscal en cuanto a los grados de participación, que él ubicó a los acusados Jorge Guerrón Almeida, Kléber Segundo Paz y Miño Riera, en calidad de autores, razón por la que solicita que este Tribunal reforme el auto en ese sentido, por existir suficientes elementos de convicción sobre su participación, de manera directa e inmediata en el delito acusado; seguidamente señala que la señora Patricia Mora dice haber sido invitada por Carlos Ayala, ahora fallecido, que el documento del IESS que presenta en su oferta era falso, que eso le ha permitido ser adjudicada con el contrato, por un valor \$104.308.70; agrega que la acusada ni siquiera tenía maquinaria, que no era proveedora calificada en el Municipio, sin embargo, de lo cual aparece una invitación a la señora Patricia Mora; que afirma no conocer a ninguno de los funcionarios que

intervinieron en la fase precontractual, y sin embargo firma varias actas, que los acusados Jorge Guerrón y Santiago Salazar permitieron su participación en el concurso a pesar de las irregularidades anotadas; que el contrato en el 2008 analizado por los fiscalizadores de la Contraloría, ha sido el original; sin embargo, cuando él ha querido disponer la experticia, el contrato original ya no existía, solo había copias.

SEXTO.- DECISION DE LA SALA SOBRE EL RECURSO DE APELACION.- El

artículo 257 del Código Penal prevé: “Serán reprimidos con reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años, los servidores de los organismos y entidades del sector público y toda persona encargada de un servicio público, que en beneficio propio o de terceros, hubiese abusado de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles que estuviesen en su poder en virtud o razón de su cargo, ya consista el abuso en desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante (...) Se entenderá por malversación la aplicación de fondos a fines distintos de los previstos en el presupuesto respectivo, cuando este hecho implique, además, abuso en provecho personal o de terceros, con fines extraños al servicio público...”.- Importante destacar que el artículo 121 de la Constitución, vigente para el 2006, establecía, hablando del peculado que las normas para establecer la responsabilidad administrativa, civil y penal por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos, se aplicará a los dignatarios, funcionarios y servidores de los organismos e instituciones del Estado. (...) Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aunque no tengan las calidades antes señaladas; ellos serán sancionados de acuerdo con su grado de responsabilidad”; mandato que se encuentra vigente en la Constitución del 2008, el artículo 223 trata precisamente de la responsabilidad de los servidores públicos por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos, estas disposiciones son aplicables a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.- Para la configuración del peculado debe darse la confluencia de tres elementos esenciales: Sujeto Activo: La calidad de funcionario público del autor o el estar incluido entre aquellas personas que la ley equipara al agente estatal; Objeto: La naturaleza de los bienes, públicos o equiparados; relación funcional: Que estos bienes hayan sido

confiados a la persona en razón de su cargo o su tarea.- En el tipo penal previsto en nuestra legislación, en el artículo 257 del Código Penal, el núcleo que tiene que ver con el abuso por parte del funcionario de dineros públicos y privados y en general de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo, bien por desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante; los intereses que se tutelan son, por un lado, el empleo de fondos públicos, y por otro, los bienes que también pueden ser del dominio de los particulares, sin que la distinción entre bien público y bien privado sea esencial para la adecuación típica, lo importante es que el bien lo administre el servidor público, por razón u ocasión de sus funciones y que ellos entren a hacer objeto de administración por este.- De lo expresado se puede colegir que el delito de peculado es eminentemente doloso.- Al tratar este tema (dolo), el Dr. Marco Siguenza Bravo, en su obra *Definiciones Doctrinarias en Materia Penal*, página 133, recoge el concepto valioso de la pluma de Jiménez de Asúa, quien señala que: “Dolo es la producción de un resultado típicamente antijurídico, con conocimiento de las circunstancias de hecho que se ajustan al tipo y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación de voluntad y el cambio en el mundo exterior, con conciencia de que se quebranta un deber, con voluntad de realizar el acto y con representación del resultado que se quiere o consiente”.- Mayoritariamente la doctrina se ha inclinado a establecer que la ley penal incrimina las conductas que ocasionan los resultados que ella prohíbe a través del tipo penal, que lo presenta como un marco teórico jurídico descriptivo de los elementos que deben concurrir en la actividad del agente que provoca el resultado prohibido, para que se configure el delito. Entre estos elementos se encuentra en primer lugar, el de la actividad del agente que debe constituir una acción, esto es, que la actividad debe ser una manifestación de conciencia y voluntad; y, sobre la existencia de este elemento, que se considera el presupuesto fundamental para la existencia de los demás elementos y que son la tipicidad en la acción, la antijuricidad de esta y su culpabilidad.- En esta virtud, tenemos que, todo tipo penal describe a la conducta como una acción típica, antijurídica y culpable. Como se ve, el tipo penal se conceptualiza como un marco teórico jurídico, en el que constan determinados los elementos de una infracción. Es un ente jurídico abstracto que singulariza las características de

una infracción. Es el modelo al cual hay que referir a una actividad fáctica para determinar si se configura o no la infracción. Cuando hay correspondencia entre el modelo y la actividad fáctica nos encontramos ante la realización del tipo penal.- Recordemos que el delito de peculado al amparo de lo previsto en el artículo 257 del Código Penal, el acto o conducta se verifica a través del abuso que puede consistir en desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante, o por malversación entendida por la aplicación de fondos a fines distintos de los previstos en el presupuesto respectivo, cuando este hecho implique, además, abuso en provecho personal o de terceros con fines extraños al del servicio público; anótese que el tipo penal siempre se refiere al abuso de dineros públicos o privados, de efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo, en beneficio propio o de terceros, este beneficio se traduce siempre en una ventaja económica; luego entonces, seguido al acto del abuso está el perjuicio económico para la entidad que se ve incapacitada para brindar el servicio para el que estaban destinados los fondos que fueron a parar a manos del beneficiario, el servidor público o un tercero.- **DEL INFORME DE LA CONTRALORIA.**- Cabe aclarar que el informe del examen especial de auditoría que realiza la Contraloría, no es una experticia, es en esencia una proposición de parte procesal, el mismo que debe ser sometido a la correspondiente investigación fiscal; y, al conocimiento y resolución del Órgano Jurisdiccional, de ser ese el caso; y eso debe quedar absolutamente claro, caso contrario, dicho informe sería suficiente para sancionar a una persona, lo cual no es correcto.- La Corte Nacional de Justicia dentro del juicio de revisión número 1006-2012, seguido por el Estado ecuatoriano, en contra de José Ramón Cevallos Amaluiza, por el delito de peculado, al declarar procedente el recurso, ratificando el estado de inocencia del acusado, hace el siguiente análisis: “ **COSIDERACIONES DE LA SALA.-** 4.2. De la fundamentación del recurso y vulneraciones legales invocados por el recurrente.- (...) Estableciéndose, solamente, discordancias entre el informe de Contraloría y la realidad histórica de los hechos presentada documentalmente ante este juzgador, lo que nos permite ratificarnos en que el informe de responsabilidad penal, es solo un indicio y un requisito de procedibilidad para iniciar el proceso penal, con respecto al primero, la Ex Corte Suprema de Justicia ha señalado que “G.-) Los exámenes de Contraloría con

indicios de responsabilidad penal, no son vinculantes sino que dicho examen debe ser sujeto de investigación prolija, por tanto no constituye prueba irrefutable, pues la materialidad de la infracción debe aparecer del informe elaborado por peritos nombrados por el Juez de la causa, quienes deben ser técnicos que desempeñan su cometido con absoluta imparcialidad. Los informes que remite la Contraloría General del Estado, por sí solos no constituyen medios de prueba suficientes para absolver o para condenar, ya que, una vez llevados al proceso penal, solo tiene un valor de elemento de juicio que puede orientar la investigación, esto es, de un reconocimiento pericial ordenado judicialmente, pues de lo contrario, si el predicho informe fuera una prueba documental irrefutable, sería suficiente que el propio Contralor, dicte sentencia condenatoria”.- Sin duda el numeral 2 del artículo 212 de la Constitución, refiriéndose a la Contraloría, prevé que una de sus facultades es: “Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetos a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado”, pero aquello no quiere decir que dicho informe constituya prueba plena, tal como así lo concibe el más alto Tribunal de Justicia del País.- Sobre la base de estos razonamientos es necesario señalar:

PRIMERO.- Conforme aparece del propio informe de auditoría el contrato en cuestión tiene su antecedente en el pedido efectuado por el Dr. Jorge Guerrón Almeida, Director de Saneamiento Ambiental el 16 octubre de 2016, referente a la necesidad de contratar un tractor de oruga, a fin de realizar trabajos de operación y mantenimiento del relleno sanitario en varios sectores de la ciudad, por un plazo de 365 días a \$59 la hora por un total de 1800 horas, como efectivamente se desprende de los documentos incorporados por los Fiscalizadores que corren de fojas 26 a 28 de los expedientes; creada la necesidad, Santiago Salazar, Coordinador de Contratación Pública del Municipio con memorando 063 de 30 de enero de 2007, solicitó al Lic. Alexis Toscazo, Director Financiero, certifique sobre la disponibilidad de fondos presupuestarios para continuar con el trámite pertinente de contratación, como aparece del documento de fojas 06; cumplidos que fueron los señalados requisitos y existiendo la disponibilidad de los fondos correspondientes al presupuesto de la entidad el Dr. Jorge Guerrón Almeida en memorando DSA-111-2007, de 28 de

febrero de 2007, solicita al Alcalde de la ciudad de aquel entonces disponga la contratación de un tractor de oruga para realizar trabajos de movimiento de tierra, material pétreo y otros para el cierre de rellenos sanitarios del cantón Santo Domingo, como ex-relleno La Lorena, Che Guevara, Toachi, La Concordia, y otros sitios que designe la dirección de saneamiento ambiental; Santiago Salazar el 27 de febrero de 2007 solicita al Dr. Jorge Guerrón Almeida elaborar en forma detallada los términos de referencia para la contratación de un tractor de oruga, a fin de elaborar los documentos pre contractuales para las invitaciones y el concurso, así consta justificado en el documento de fojas 34; a fojas 36 consta la invitación a participar en el concurso a las empresas Aflocon, Generation Word y Patricia Elizabeth Mora Alvarado, para el arrendamiento de un tractor de oruga de 215HP, invitación suscrita por el Alcalde Kléber Paz y Miño Flores; el burgomaestre el 14 de marzo de 2007 designa al Ing. Alonso Granja, Dr. José Abril Molina y Eco. José Quijije, miembros de la Comisión Técnica para que evalúen las ofertas presentadas, quienes en oficio IT-020-2007-A, el 20 de marzo de 2007 presentan el informe conteniendo el análisis comparativo de las ofertas presentadas (fojas 38-45); el 22 de marzo de 2007, el Alcalde de Santo Domingo, notifica a Patricia Elizabeth Mora Alvarado la adjudicación del contrato para la contratación del tractor de oruga, a fin de ejecutar los referidos trabajos en los ex-rellenos sanitarios ubicados en varios puntos de la ciudad, por un valor de \$106.200,00., por considerar que dicha oferta mejor se ajusta a los intereses institucionales- El 28 de marzo de 2007, los señores Kléber Paz y Miño Flores y Homero Merino Báez, Alcalde y Procurador Síndico, suscriben con Patricia Elizabeth Mora Alvarado el contrato de arrendamiento de un tractor de oruga de 215HP para realizar los trabajos descritos (fojas 120-121), en el que se establecen los plazos y condiciones preestablecidas, cabe aclarar que previamente a la firma del contrato la contratista entregó a la Municipalidad una póliza de seguros equivalente al 5% del monto total del contrato como garantía de fiel cumplimiento, así también la obligación de otorgar garantía del 100% del buen uso del anticipo; el 30 de marzo de 2007 el Municipio paga a favor de Patricia Elizabeth Mora Alvarado \$53,100.00 que corresponden al 50% del valor del contrato, como anticipo mediante transferencia bancaria a la cuenta N°4000749926 del Banco Internacional, para efectos de garantizar el buen uso del anticipo la contratista entrega una póliza de seguros, por el 100% del valor

del anticipo; el 29 de marzo de 2007 entre el Ing. Marco Zamora, Fiscalizador de obra, y Antonio Bustamante, Supervisor de la Dirección de Saneamiento Ambiental y Patricia Mora Alvarado contratista, suscriben el acta de inicio de los trabajos (fojas 761); y, 27 de noviembre de ese mismo año suscriben el acta única de liquidación, en el que consta la liquidación de la obra correspondiente a 1800 horas maquina trabajada, respaldada en las planillas de avance de obra (fojas 763- 765), en las que se incorpora el detalle de las obras trabajadas, con las planillas adjuntas a la misma; consecuencia de aquello se dispone la cancelación total del contrato.- Como se aprecia de la documentación incorporada al proceso en el contrato de la referencia, se ha cumplido con el procedimiento establecido en la Ley de Contratación Pública, vigente a la fecha.-

SEGUNDO.- La Contraloría en su informe para abordar a determinar indicios de responsabilidad penal, lo hace bajo los siguientes presupuestos.- Que la acusada al presentar su oferta en hojas membretadas, aparece como dirección domiciliaria la calle 25 avenida 1923 intersección de Bolivia y Vacas Galindo y dos números de teléfonos celulares, el 096480214 y 099534160, que han determinado que la dirección corresponde a la ciudad de Guayaquil; que de acuerdo al portal del SRI, el RUC lo aperturó el 04 de agosto de 2006 y cesó operaciones comerciales el 31 de octubre de 2008; que el número 096480214 pertenece a Luis Jhonny Martínez, Gerente de la empresa MAQHAYES, y que al tomar contacto con la propietaria del inmueble en la ciudad de Guayaquil, señora Janeth Flores Sánchez se ha confirmado que Patricia Mora sí residía en ese inmueble, agregando que no tenía conocimiento que era propietaria de maquinarias, que vivía en condiciones humildes, y cuando ha salido de su casa ha dicho que se pasa a su casa propia; así mismo, hacen referencia al contrato que habría suscrito con la Constructora Andrade Gutiérrez, a efectos de justificar experiencia, que al tratar de establecer ese hecho han tomado contacto con Leonardo Chávez, Gerente Administrativo y Financiero, para que confirme si en verdad el Ing. Rommel Cruzio Valente, apoderado de la constructora había suscrito o no el contrato, respondiéndole que el referido apoderado laboró en Ecuador hasta el año 2002, y que tenían entendido que al momento residía en el Brasil; agregando, que a simple vista no sería la firma del Ing. Cruzio, sin embargo que el único que podría confirmar si firmó o no aquel contrato era el propio Ing. Cruzio; que en la póliza de buen uso de anticipo otorgada por la

Compañía de Seguros y Reaseguros Colonial, el 28 de marzo de 2007 se registró como teléfono de la solicitante el número 023751550, el cual corresponde según declaración patrimonial de bienes de año 2005 a Jadira Bayas, Vicealcaldesa del Gobierno Municipal de Santo y es de propiedad de Carlos Anibal Ayala Ortiz, padre de Henry Ayala Espinoza, quien también ha suscrito contratos con el Municipio; que los Fiscalizadores han dispuesto, que con apoyo de la Policía Judicial se practique una pericia documentológica, que el 17 de febrero de 2009 presentan el informe en el que concluyen que la firma de Kléber Paz y Miño Flores, Alcalde del cantón Santo Domingo, no es de su autoría gráfica; y, guarda identidad gráfica y morfológica con la de Kléber Segundo Paz y Miño Riera, su hijo; que el 19 de noviembre de 2007, Kléber Paz y Miño Flores y el Dr. Homero Merino Báez, Alcalde y Procurador Síndico Municipal suscriben un adendum modificatorio al contrato, sustituyendo la cláusula cuarta, para proceder con el pago a la acusada, por trabajos realizados en esta ciudad en el periodo comprendido entre agosto y diciembre de 2006; el equipo de auditoria de la Contraloría General del Estado sostiene que el Gobierno Municipal de Santo Domingo arrendó a Patricia Elizabeth Mora Alvarado un tractor para realizar movimiento de tierras, material pétreo y otros en el cierre de relleno de La Lorena, Coop. Che Guevara, Toachi, La Concordia y otros que debía designar la Dirección de Saneamiento Ambiental, de cuyos trabajos se desconocen su ejecución en razón de haber transcurrido varios años por los cuales se realizó el pago de \$104.308.70.- TERCERO.- La Fiscalía sostiene que en el proceso pre contractual y contractual se cometieron varias irregularidades, para procurar la adjudicación a Patricia Elizabeth Mora Alvarado, y que por esta vía hicieron un uso indebido en los caudales públicos, acusando a todos quienes intervinieron en estos procesos, acusándolos de haber adecuado su conducta a lo previsto en el artículo 257, inciso primero del Código Penal; y, que constituye el sustento del auto de llamamiento a juicio pronunciado por el Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo.- CUARTO.- Como lo habíamos señalado el delito de peculado es eminentemente doloso, en este tipo de infracciones no puede ubicarse a la culpa como generador del injusto penal; es un delito de resultado, y este tiene que estar representado por el beneficio económico del agente o de terceros que no necesariamente deben tener la calidad de servidores públicos, tal como lo prevé la Constitución

de la República, en la parte final del artículo 233.- La Doctrina cuanto la Jurisprudencia ilustran casos análogos, respecto a la participación de extraños a la Administración Pública cuando intervengan en el cometimiento del delito de peculado, quienes deben ser juzgados y sancionados como si tuvieran la calidad que exige el tipo penal del peculado de acuerdo con sus grados de responsabilidad como autores, cómplices o encubridores.- Si bien, la práctica del examen especial es una facultad de la Contraloría, que de acuerdo a lo previsto en el artículo 31, número 13 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado es parte en los juicios civiles, penales, contenciosos administrativos y otros relacionados con el manejo de los recursos públicos que son objeto de control; sin embargo, por las razones antes anotadas y pronunciamientos jurisprudenciales sus informes no son concluyentes ni excluyentes, por manera que siempre están sujetos a investigación por parte de las autoridades correspondientes, la Fiscalía y el Órgano Jurisdiccional.- En los delitos de peculado no es suficiente la ejecución de un acto irregular es preciso insistir en que siempre y como consecuencia de este debe existir el beneficio económico del infractor en beneficio propio o de terceros y el consecuente perjuicio estatal, hecho que debe acreditarse fehacientemente; o bien, que los caudales públicos fueron destinados a obras extrañas al servicio público, o que, a consecuencia de aquello la entidad dejó de ejecutar otras obras, en desmedro de los intereses comunitarios.- La Corte Nacional de Justicia dentro del juicio 821-2011, que el Ab. Jorge Aníbal Roditi Caputi, en representación del Banco Pichincha, sigue en contra de Michaelle Ronald Jiménez Osejo por el delito de peculado, en el recurso de casación interpuesto, en un extracto de su resolución sostiene: “Llega a conocimiento de las autoridades que el señor Michelle Ronald Jiménez cometió el delito de peculado, aprovechándose de su calidad de funcionario del Banco Pichincha y la confianza que ciertos clientes depositaron en él, para realizar movimientos bancarios que no se encontraban estipulados dentro de la normativa interna, causando perjuicio económico a varios clientes...” (la sub línea nos pertenece).- Como podemos apreciar de manera clara, en la ilustración, en los delitos de peculado, no es suficiente que el agente ejecute una acto contrario a la normativa, de manera aislada con el resultado; para el derecho penal lo relevante es determinar si esa acción es una manifestación de conciencia y voluntad dirigida a la obtención del resultado, por consecuencia ese

acto no puede reducirse a una inobservancia de la ley, o por el placer de coleccionar actos falsarios, en el caso de los delitos de falsificaciones, este acto que se traduce en conducta debe estar orientada a la obtención de un resultado, como ocurre en los delitos de peculado, cuyo fin (resultado) será el beneficio económico propio o de terceros, en perjuicio de la víctima, en el caso que se analiza el Municipio.- El delito de peculado conforme la disposición prevista en el tipo penal en que se apoya la acusación oficial y por el que son llamados a juicio por el Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo, previsto en el artículo 257 del Código Penal, se comete por abuso de los fondos públicos, ya consista el abuso en desfalco, disposición arbitraria o malversación.- De acuerdo al Diccionario Hispanoamericano de Derecho, el desfalco es la apropiación de dinero hecha por quien tiene la responsabilidad de cuidarlo o administrarlo, pudiendo incurrir en esta figura delictiva un funcionario público o uno del sector privado, entre las formas que toma el desfalco es la dilapidación de dineros públicos, la malversación, y la estafa; en tanto que la disposición arbitraria, es la determinación de usar los caudales públicos de manera injusta y abusiva; la doctrina, y la ley ha calificado a la malversación como la administración irregular o inadecuada de los fondos estatales, tomándolos para sí o utilizándolos en finalidades diferentes de aquellas que legítimamente correspondían.- Durante la investigación previa y la instrucción fiscal, la fiscalía no ha podido justificar de manera fehaciente, que la firma del alcalde, no era la suya, como así lo había determinado el equipo de fiscalizadores de la Contraloría, en el informe con indicios de responsabilidad penal, el Dr. Jorge Montero, Fiscal Provincial de viva voz afirmó que no le fue posible ordenar una experticia grafotécnica de las firmas del contrato, toda vez que para esa fecha no existía el contrato original, pero que la Contraloría, sí había dispuesto el examen sobre el original.- Por otro lado, el informe contiene hechos relacionados con la dirección domiciliaria de la contratista, ubicado en la ciudad de Guayaquil, que de acuerdo a la información recabada por los fiscalizadores, de la propietaria del inmueble, se trataba de una mujer humilde, que vivía modestamente, que no conocían que era propietaria de alguna maquinaria; que, la contratista ha consignado en la oferta presentada, números telefónicos que coincidían con los de personas que también habrían contratado con el Municipio, concretamente con el número telefónico del Gerente de la empresa Maqhayes; que ha hecho

constar un número telefónico que coincidía con el número de teléfono de la declaración patrimonial de bienes de Yadira Bayas, en el año 2005, quien en algún periodo ha ostentado la dignidad de Vice alcaldesa, y que este número estaba a nombre de Carlos Ayala, quien también habría contratado con la Municipalidad, hoy fallecido, quien es padre de Henry Aníbal Ayala, que a su vez mantiene una relación sentimental con Yadira Bayas; presumen que el certificado del IEES, de encontrarse al día en sus obligaciones, es falso, similar sospecha ciernen sobre la acreditación de experiencia en el ramo, con el alquiler de una maquinaria a la compañía Andrade Gutiérrez; que a través de la suscripción de un ademum del contrato, objeto del examen, se ha pagado por trabajos, realizados en el año 2006; que debido a los años que han transcurrido no se sabe si las obras fueron ejecutadas o no.- La sospechas resaltadas sobre la legalidad del proceso de contratación, en el examen especial, efectuado por la Contraloría le sirvieron de suficientes indicios a la Fiscalía para imputar a los acusados la comisión del delito previsto en el inciso primero del artículo 257 del Código Penal.- Como queda dicho, los indicios quedan sujetos a una exhaustiva investigación por parte de la Fiscalía, caso contrario el juzgamiento de una persona se sustentaría en meras sospechas, como acontece en este caso, con el informe del examen especial de Contraloría, que de acuerdo al sano juicio y la jurisprudencia señalada, sería un pronunciamiento arbitrario, y con justa razón los magistrados de la Ex Corte Suprema de Justicia, sostienen en el fallo de la referencia, si fuese ese el caso, que el Contralor es quien debería dictar sentencia, posibilidad inimaginable, recordemos que el examen especial con indicios de responsabilidad penal, es un indicio, no es un elemento probatorio.- El artículo 88 del Código de Procedimiento Penal tiene previsto: “Para que de los indicios se pueda presumir el nexo causal entre la infracción y sus responsables, es necesario (...) 1. Que la existencia de la infracción se encuentre probada conforme a derecho; 2. Que le presunción se funde en hechos reales y probados y nunca en otras presunciones...”.- La fiscalía ha sostenido que con las irregularidades detectadas en el proceso de contratación, se ha ocasionado un perjuicio al Estado, sin embargo no existe constancia procesal de ese hecho; más allá de mencionar que “no se sabe” si la obra se realizó debido al paso del tiempo.- El Tribunal, estima necesario, señalar lo siguiente.- El artículo 92 de la Ley de Contratación Pública , aplicable al caso, tenía previsto los modos de

terminación de los contratos, el numeral 4. Por declaración unilateral del contratante, en caso de incumplimiento del contratista; el artículo 94 a su vez, estipulaba las causales para que proceda la terminación unilateral, citamos las contenidas en los numerales 4. Por suspensión de los trabajos, y 5. Por haber celebrado el contrato contra expresas prohibiciones de Ley; el artículo 95 ibídem, tenía normado el trámite, empezando por la notificación al contratista, en la que se le prevenía de remediar las causas por las que la entidad procederá con la declaratoria unilateral y anticipada de terminar el contrato, de no hacerlo, se dará terminado el contrato, con las consecuencias previstas en el inciso final de la citada norma.- De la revisión del expediente, y del propio examen especial, no se evidencia que el Municipio haya declarado unilateralmente terminado el contrato, lo que haría suponer de manera obvia y natural que la contratista incumplió los términos contractuales, o que el contrato lo suscribió contra ley expresa; además que, tampoco existe acreditado que se hayan ejecutado las garantías, la de buen uso de anticipo, y la de fiel cumplimiento de contrato, hechos que hacen suponer de manera objetiva que la obra se ejecutó en los términos del contrato y la propuesta; debiendo agregar además que, de haberse incumplido el contrato, el resultado hubiese generado una inocultable repercusión sanitaria en la ciudad, y el elemental reclamo comunitario, registro de lo cual tampoco existe; hechos que sumados a los registros periodísticos, versiones de terceros, y la misma acta única de liquidación del contrato, se determina de manera inequívoca que la obra, se ejecutó en los términos convenidos, sin que pueda haber espacio para especular si la obra se realizó o no, y menos aún sostener que existió perjuicio económico para las arcas fiscales; aun cuando el Dr. Jorge Montero Berrú Fiscal Provincial sostuvo, que en este delito, es indiferente si se cumple o no el objeto del contrato, a su juicio tan solo la existencia de irregularidades en el proceso contractual (que no las justificó conforme a derecho) constituye argumento suficiente para establecer la existencia de la infracción, criterio con el que disentimos, por el análisis efectuado.- El delito de peculado, no es un delito culposo, tampoco de peligro, es un delito eminentemente doloso, de resultado, el agente tiene plena conciencia de ejecutar un acto con el propósito de obtener beneficio económico propio o para un tercero en perjuicio de los caudales públicos; es por ello que hemos señalado que en derecho penal es de vital importancia establecer si el

agente al ejecutar el acto, previsto en el tipo penal, tenía capacidad de conocer, y obrar, de sentir, de percibir, recordar, imaginar, comprender, pensar, razonar y prever las consecuencias de las acciones que decide ejecutar, es por ello que el artículo 32 del Código Penal señalaba que nadie puede ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción, si no lo hubiere cometido con voluntad y conciencia; de ahí, la importancia de definir a la acción como una manifestación de conciencia y voluntad dirigida a la obtención de un resultado, para que se pueda presumir el dolo en los términos del artículo 33 del mismo Código.- Por manera que, en el caso de examen, es preciso dejar sentado que la Fiscalía no pudo justificar conforme a derecho no solo el beneficio propio de la contratista ni de los terceros involucrados, sino fundamentalmente el perjuicio que habría sufrido el Estado, y sus arcas fiscales; luego entonces, su acción no estaba determinada a obtener ese resultado.- La conducta social cuya observancia exige el orden penal, es del dominio y control del agente, y se traduce siempre en un mandato que por regla general adopte la forma de una prohibición de hacer tal cosa; por excepción se manda a que se realice algo; en todo caso, se exige un comportamiento, una determinada conducta. Si transgredimos el precepto en cualquier forma que lo hagamos estamos en contra del orden penal, manifestando una voluntad contraria, que puede consistir en una acción u omisión.- Tanto la acción como la omisión frente al orden penal constituyen comportamientos, forma de actuar, manifestaciones de voluntad que pueden ocasionar el resultado dañoso o peligroso que se sanciona.- Los actos ejecutados por los encausados, no encajan en la conducta del tipo penal, peculado, insistimos en señalar que acción es la manifestación de la conciencia y voluntad dirigida a producir un resultado, así lo ha concebido la Corte Nacional de Justicia, en la resolución pronunciada dentro del proceso número 730-2013, dentro del juicio que por peculado siguió el Estado en contra de Gaibor Cabezas Luis Arturo, y al resolver el recurso de casación deducido, en el extracto del fallo señalan: "... 3.3.1. El Art. 32 del Código penal establece: " Nadie puede ser reprimido por un acto previsto en la Ley como infracción, si no lo hubiere cometido con voluntad y conciencia"; del caso en concreto se determina que el recurrente actuó con voluntad, es decir, la disposición y el ánimo de querer hacer algo, que en el caso de análisis fue vender las piezas, accesorios de la motobomba, constituyéndose ésta en el elemento volitivo del dolo, ya que su

acto de voluntad contraviene la ley; en lo que se refiere a la conciencia, el sentenciado, por el hecho de ser el Comandante del Cuerpo de Bomberos del catón Chillanes, es decir un servidor público, conocía cuáles eran sus atribuciones, responsabilidades y obligaciones, ya que ejercía la representación legal de dicha institución y por tal motivo se verifica el cumplimiento del elemento cognitivo de dolo, que según Francisco Muñoz Conde, "El término dolo tiene varias acepciones en el ámbito del Derecho. Aquí se entiende simplemente como conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo del delito."- El auto de llamado a juicio que ha sido atacado vía apelación, no contiene una explicación clara y precisa, de los argumentos de orden fáctico y legal para haber abordado a esa conclusión; no se aprecia un razonamiento ordenado para establecer de qué manera, o con qué presunciones (indicios que no fueron probados), estableció la existencia material de la infracción; y sobre este antecedente, cómo determinó la participación de los encausados, señalando qué acciones u omisiones, ejecutadas o no, bajo los presupuestos antes abordados, se encasillan en el delito; circunstancias, que trasgreden la garantía constitucional prevista en el numeral 7 letra l) artículo 76.- Por los hechos y razonamientos efectuados el Tribunal de apelación de la Corte Provincial de Justicia de Santo Domingo de los Tsáchilas acogió los recursos de apelación interpuestos y dictó dicta auto de sobreseimiento definitivo del proceso y de los procesados, PATRICIA ELIZABETH MORA ALVARADO, JOSÉ ANDRÉS QUIJIJE ALABA, ALONSO GUSTAVO GRANJA YANZA, JOSÉ FILIBERTO ABRIL MOLINA, MARCO TULIO ZAMORA ZAMBRANO, ROBERTO ANTONIO BUSTAMANTE LOZANO, SALOMÓN HOMERO MERINO BÁEZ, JORGE WILSON GUERRÓN ALMEIDA, KLÉBER PAZ Y MIÑO RIERA, y SANTIAGO JAVIER SALAZAR ARMIJOS, toda vez que los hechos narrados no constituyen delito de peculado, ya que los indicios existentes no conducen de manera alguna a presumir la existencia de esta infracción.

Con lo expuesto, y en virtud del informe debidamente motivado, sobre nuestra actuación en la causa número 23100-2011-0001, damos cumplimiento a su mandato contenido en el auto de 30 de julio del 2020.

DR. PATRICIO CALDERÓN CALDERÓN
JUEZ PROVINCIAL

AB. ENRIQUE BRIONES SOTOMAYOR
JUEZ PROVINCIAL