



**CONTRALORIA GENERAL DEL ESTADO
DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR**

IV JORNADAS EUROSAI - OLACEFS

TEMA: “FISCALIZACION DEL PATRIMONIO DE LOS INGRESOS DE LOS REPRESENTANTES PUBLICOS, PROCEDIMIENTOS PARA EVITAR LOS CONFLICTOS DE INTERESES: LEGISLACIONES EXISTENTES Y FORMAS POSIBLES DE ACTUACION DE LAS EFS”.

CONTRIBUCION TECNICA

Octubre 2005



CONTRIBUCIÓN TÉCNICA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, SOBRE EL TEMA “FISCALIZACIÓN DEL PATRIMONIO DE LOS INGRESOS DE LOS REPRESENTANTES PÚBLICOS, PROCEDIMIENTOS PARA EVITAR LOS CONFLICTOS DE INTERESES: LEGISLACIONES EXISTENTES Y FORMAS POSIBLES DE ACTUACIÓN DE LAS EFS”

Introducción:

La presente contribución tiene como objetivo brindar un conocimiento resumido pero cabal del marco jurídico dentro del cual, la Contraloría General del Estado (Entidad Fiscalizadora Superior –EFS-) de la República del Ecuador, desarrolla el ejercicio de sus atribuciones en materia de fiscalización del patrimonio de los funcionarios y dignatarios públicos y de control de los conflictos de intereses, que pueden presentarse con ocasión de la gestión administrativa, utilizando los mecanismos contemplados en las normas jurídicas vigentes.

Trataremos también de presentar nuestra opinión o criterio respecto a la utilidad que esos mecanismos proveen a la acción fiscalizadora que nuestra EFS desarrolla en esos ámbitos. Pero no pretendemos hacer un análisis de las causas y los efectos de la corrupción, sobre los cuales mucho se ha escrito y discutido.

Desde luego que para iniciar este análisis, debemos partir de una premisa fundamental: la existencia de un marco normativo sólido y desarrollado, que contemple mecanismos eficaces e idóneos para el control de determinada actividad, no garantiza necesariamente transparencia y honestidad en la gestión que realice determinado individuo o institución. Lo fundamental es que la mentalidad de los ciudadanos en general y específicamente de los dignatarios y funcionarios públicos, contenga una alta dosis de cultura de honestidad, basada en principios morales y éticos.

Emprenderemos seguidamente en el análisis del ordenamiento jurídico ecuatoriano respecto de los dos grandes aspectos que integran el tema planteado: el primero de ellos sobre la fiscalización del patrimonio y de los ingresos de los representantes públicos y, el segundo relativo a los procedimientos para evitar los conflictos de intereses.

1. FISCALIZACION DEL PATRIMONIO E INGRESOS DE LOS AGENTES PUBLICOS

1.1 Normas constitucionales sobre enriquecimiento ilícito y declaración patrimonial juramentada.

La necesidad de fiscalizar el patrimonio e ingresos de los agentes públicos deriva del hecho de que los actos de corrupción tienen como fin último la obtención de beneficios ilegítimos, generalmente de carácter monetario, que incrementan su patrimonio.

Los actos de corrupción no se realizan a la luz pública, por lo que, particularmente en el sector público, difícilmente dejan evidencias de su existencia, mucho menos pruebas que puedan utilizarse judicialmente. Esto ha llevado a la necesidad de tipificar penalmente el “enriquecimiento ilícito”, pudiéndose entender por tal “...el incremento del patrimonio de

*un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él”.*¹

Uno de los pocos mecanismos o procedimientos para enfrentar el enriquecimiento ilícito que se han diseñado, es el de exigir a los agentes públicos la presentación de una declaración juramentada de su patrimonio, al inicio y al término de sus funciones, para de la confrontación de las mismas, determinar si existe un incremento patrimonial excesivo o injustificado, supuesto en el cual se solicitan las explicaciones y justificaciones pertinentes.

Debemos precisar que no formularemos un análisis doctrinario sobre la constitucionalidad o no de tipificar penalmente el enriquecimiento ilícito, tema sobre el cual existen posiciones contrapuestas, fundadas principalmente en la consideración de que al tipificar este delito se invierte la carga de la prueba y se vulnera el principio de legalidad y el principio *“ne bis in idem”*². Abordaremos directamente el análisis de las normas que en el vigente ordenamiento jurídico ecuatoriano existen respecto del enriquecimiento ilícito así como de la obligación de presentar la declaración patrimonial juramentada.

La actual Constitución Política de la República del Ecuador, vigente desde el 10 de agosto de 1998, establece como uno de los deberes primordiales del Estado el *“Garantizar la vigencia del sistema democrático y la administración pública libre de corrupción* (artículo 3, numeral 6). Con la finalidad de que se cumpla con dicho mandato constitucional, impone a todos sus ciudadanos entre otros deberes y responsabilidades, los de *“promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular”, “administrar honradamente el patrimonio público”, “asumir las funciones públicas como un servicio a la colectividad, y rendir cuentas a la sociedad y a la autoridad...”*, y *“denunciar y combatir los actos de corrupción”* (artículo 97, numerales 4, 9, 13 y 14).

Respecto de la administración pública y sus funcionarios, la Constitución ecuatoriana prescribe que no hay dignatario, autoridad, funcionario ni servidor público exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones (artículo 120), y establece además, que los mismos estarán sujetos a las sanciones establecidas por la comisión de delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, siendo la acción para perseguirlos y las penas correspondientes imprescriptibles, por lo que en estos casos los juicios se iniciarán y continuarán aun en ausencia de los acusados (artículo 121).

El mandato constitucional de que se sancione el enriquecimiento ilícito y de que los dignatarios, funcionarios y servidores públicos presenten una declaración patrimonial juramentada tiene su origen en la Constitución Política de 1967, cuyo artículo 78 disponía: *“Al tomar posesión de sus cargos y al retirarse de ellos, los funcionarios y empleados públicos harán declaración juramentada de sus bienes. Se reprimirá el enriquecimiento ilícito en el ejercicio de las funciones públicas”*.

En la actualidad, la Constitución Política de la República dispone en su artículo 122, lo siguiente:

¹ Artículo 9 de la Convención Interamericana contra la corrupción.

² Sobre el tema, y con el carácter meramente referencial, anotaremos que entre lo mucho que se ha escrito al respecto puede verse el artículo *“Problema de Aplicación del tipo penal de enriquecimiento ilícito: desconocimiento de su naturaleza subsidiaria”* de César Augusto Nakazaki S., Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Lima (www.unifr.ch/derechopenal/articulos).

“Art. 122. - Los funcionarios de libre nombramiento y remoción, los designados para período fijo, los que manejan recursos o bienes públicos y los ciudadanos elegidos por votación popular, deberán presentar, al inicio de su gestión, una declaración patrimonial juramentada, que incluya activos y pasivos, y la autorización para que, de ser necesario, se levante el sigilo de sus cuentas bancarias. De no hacerlo, no podrán posesionarse de sus cargos. También harán una declaración patrimonial los miembros de la fuerza pública a su ingreso a la institución, previamente a la obtención de ascensos, y a su retiro.

Al terminar sus funciones presentarán también una declaración patrimonial juramentada, que incluya igualmente activos y pasivos. La Contraloría General del Estado examinará las dos declaraciones e investigará los casos en que se presuma enriquecimiento ilícito. La falta de presentación de la declaración al término de las funciones hará presumir enriquecimiento ilícito.

Cuando existan graves indicios de utilización de un testaferro, la Contraloría podrá solicitar declaraciones similares, a terceras personas vinculadas con quien ejerza o haya ejercido una función pública”.

Esta disposición constitucional, a diferencia de otras normas del mismo rango anteriores, no se limita a establecer la obligatoriedad para funcionarios y empleados públicos de presentar una declaración patrimonial juramentada, sino que además incorpora las siguientes exigencias:

- La declaración inicial ha de presentarse antes de la posesión del cargo, ya que la norma constitucional establece que de no hacerlo no podrán posesionarse.
- La declaración patrimonial debe incluir activos y pasivos, así como la autorización del declarante de que se levante el sigilo de sus cuentas bancarias, de ser necesario.
- La declaración patrimonial juramentada debe presentarla el funcionario o empleado público, tanto al inicio como al final del desempeño de funciones (y se asigna competencia a la EFS para que realice el examen de las dos declaraciones e investigue los casos de enriquecimiento ilícito).
- Los miembros de la Fuerza Pública, a más de las declaraciones inicial y final, deben presentarla en forma previa a la obtención de ascensos.
- Se establece la presunción de enriquecimiento ilícito, si no se presenta la declaración al término de funciones.
- Si existieren presunciones de utilización de un testaferro, la EFS puede solicitar a terceras personas, vinculadas con el funcionario o empleado público, declaraciones similares.
- Obliga a presentar la declaración patrimonial juramentada aun a quienes sin tener la calidad de funcionarios públicos, manejan recursos o bienes públicos.

1.2 El enriquecimiento ilícito en el Código Penal Ecuatoriano.

No obstante que la Constitución de 1967 estableció que se sancionará el enriquecimiento ilícito de los funcionarios y empleados públicos, no fue sino hasta 1985 con la expedición de la Ley No. 6 publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 260 de 29 de agosto de 1985, que se incorporó al libro II, título III del Código Penal, un capítulo por el que se tipificó el enriquecimiento ilícito como *“... el incremento injustificado del patrimonio de una persona, producido con ocasión o como consecuencia del desempeño de un cargo o función pública, generado por actos no permitidos por las leyes, y que, en consecuencia, no sea el resultado de ingresos legalmente percibidos”*, sancionándolo con una pena de uno a cinco años de prisión y la restitución del duplo del monto del enriquecimiento ilícito, siempre que no constituya otro delito.

Mediante Ley 2001-47, publicada en el registro oficial No. 422 de 28 de septiembre del 2001, se introdujeron reformas en la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito y en la pena, agravándola. Los textos vigentes son los siguientes:

“Art. ... Constituye enriquecimiento ilícito el incremento injustificado del patrimonio de una persona, producido con ocasión o como consecuencia del desempeño de un cargo o función pública, que no sea el resultado de sus ingresos legalmente percibidos”.

“Art. ... El enriquecimiento ilícito se sancionará con la pena de dos a cinco años de prisión y la restitución del duplo del monto del enriquecimiento ilícito, siempre que no constituya otro delito”.

La vigente tipificación del delito de enriquecimiento ilícito guarda consistencia con la enunciación que del mismo hace la Convención Interamericana contra la corrupción.

Respecto de las penas cabe señalar que según la norma transcrita, a más de la pena de prisión, este delito ha de sancionarse con *“...la restitución del duplo del monto del enriquecimiento ilícito...”*, lo que implica que necesariamente debe cuantificarse el monto del enriquecimiento ilícito, para lo cual se tendría como monto del mismo el valor del incremento patrimonial no justificado.

Como se indicó anteriormente, el artículo 121 de la Constitución Política de la República señala respecto del delito de enriquecimiento ilícito y de los delitos de peculado, cohecho y concusión, que la acción para perseguirlos y las penas correspondientes son imprescriptibles, y que además los juicios por estos delitos se iniciarán y continuarán aun en ausencia de los acusados, lo cual constituye desde nuestro punto de vista, un avance muy significativo en materia de lucha contra la corrupción.

1.3 La Ley que regula las declaraciones patrimoniales juramentadas.

Como antecedente histórico de la actual ley que regula las declaraciones patrimoniales juramentadas, podemos señalar que desde 1937 han existido en el Ecuador normas legales que han establecido la obligación de los funcionarios públicos de presentar una declaración jurada de sus bienes (decreto supremo No. 7 publicado en el registro oficial No. 10 de 6 de noviembre de 1937).

En el marco de la vigente Constitución Política de la República, el antecedente inmediato de la Ley que regula las declaraciones patrimoniales juramentadas, fue el *“Reglamento para la presentación y control de la Declaración Patrimonial Juramentada de los Servidores Públicos”*, expedido por el Contralor General del Estado mediante Acuerdo No. 22 CG, publicado en el registro oficial No. 119 de 13 de julio de 2000, ya que la vigente ley recogió en su texto la mayoría de las disposiciones del citado Reglamento.

La *“Ley que regula las Declaraciones Patrimoniales Juramentadas”* se expidió mediante Ley No. 4, publicada en el registro oficial No. 83 de 16 de mayo de 2003.

En lo relativo a los dignatarios, funcionarios, servidores y empleados públicos que están obligados a presentar la declaración patrimonial juramentada, el artículo 1 de la Ley dispone:

“Art. 1. - Obligados a declarar.- Están obligados a presentar su declaración patrimonial juramentada:

a) Los ciudadanos elegidos por votación popular;

- b) *Los funcionarios de libre nombramiento y remoción;*
- c) *Los funcionarios elegidos o designados para período fijo;*
- d) *Los miembros de la Fuerza Pública y de la Comisión de Tránsito del Guayas, a su ingreso a la institución, previamente a la obtención de ascensos y a su retiro;*
- e) *Terceras personas vinculadas con quien ejerza o haya ejercido una función pública cuando existan graves indicios de testaferrismo;*
- f) *Los servidores públicos encargados de la recepción, control, custodia e inversión de los fondos públicos, o del manejo de bienes públicos;*
- g) *Los integrantes de cuerpos colegiados que funcionen como órganos directivos de las instituciones del Estado;*
- h) *Los integrantes de comités de contrataciones y otros cuerpos colegiados encargados de resolver sobre contratos a ser celebrados por las instituciones del Estado;*
- i) *Los directivos y autoridades de los institutos de Seguridad Social;*
- j) *Los directivos y autoridades de entidades y empresas, sometidas al régimen jurídico privado, que en cualquier porcentaje manejen participaciones o fondos públicos, cuyos capitales o bienes pertenezcan al Estado;*
- k) *Las autoridades y directivos de las universidades, escuelas politécnicas e institutos de Educación Superior; que se financian en todo o en parte con fondos públicos;*
- l) *Los funcionarios de cuerpos colegiados, fundaciones y corporaciones bajo cuya responsabilidad se encuentra la administración y gobierno de instituciones de derecho público y privado, con finalidad social y pública, que se financian en todo o en parte con recursos públicos;*
- m) *Los magistrados y jueces de la Función Judicial y del Consejo Nacional de la Judicatura;*
- n) *Las autoridades y directivos de los organismos de control y de las instituciones que ejerzan potestades de regulación; y,*
- o) *Los funcionarios y trabajadores de la Corporación Aduanera Ecuatoriana.*

Si hubiere duda sobre la obligación de presentar la declaración patrimonial juramentada por parte de algún ciudadano, ellas serán resueltas por el Contralor General Estado”.

Sobre el contenido del artículo transcrito, cabe resaltar que también tienen la obligación de presentar su declaración patrimonial juramentada, las personas señaladas en los literales j) y k), que no son funcionarios públicos pero que eventualmente manejan o administran recursos públicos, y esta exigencia obedece a que conforme lo previsto en el artículo 211 de la Constitución Política de la República, la acción de la EFS “... se extenderá a las entidades de derecho privado, exclusivamente respecto de los bienes, rentas u otras subvenciones de carácter público de que dispongan”. Esta norma constitucional constituye asimismo un notable avance en materia de control de los recursos públicos, sin importar que éstos se encuentren administrados por entes de derecho privado.

El artículo 2 de la Ley establece que la declaración patrimonial juramentada deberá presentarse antes de la posesión en la función o cargo. La falta de su presentación produce como efecto la nulidad de la designación o nombramiento, además del cese definitivo de funciones del omiso.

La EFS está facultada para requerir declaraciones patrimoniales juramentadas durante el desempeño de las funciones a los miembros de la fuerza pública, en forma previa a la obtención de ascensos y a su retiro (artículo 122 de la Constitución) y, cada dos años a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Ministro Fiscal General del Estado, miembros del Consejo Nacional de la Judicatura, ministros de las Cortes Superiores y Tribunales Distritales, conjueces de las Cortes de Justicia, jueces de instancia, fiscales, registradores de la propiedad, notarios, titulares y suplentes, autoridades, funcionarios y servidores del Servicio de Rentas Internas y Corporación Aduanera Ecuatoriana, Agencia de Garantía de Depósitos (artículo 31, numeral 9 de la Ley Orgánica de la Contraloría

General del Estado). Los funcionarios del Servicio de Rentas Internas deben presentar en el ejercicio de sus funciones, una declaración anual (dentro de los primeros treinta días de cada año), constituyendo la falta de su presentación, causal de destitución (artículo 12 de la Ley de Creación del Servicio de Rentas Internas).

Al finalizar el ejercicio de funciones se ha de presentar una nueva declaración patrimonial en el término de veinte días siguientes al cese de funciones o cargo (artículo 2 de la Ley que regula las declaraciones patrimoniales juramentadas), y su no presentación origina la presunción de enriquecimiento ilícito (artículo 8 ibídem) y que la EFS inicie un examen especial (artículos 2 y 5 del mismo cuerpo legal).

En concordancia con lo previsto en el artículo 122 de la Constitución, el artículo 2 de la Ley autoriza a la EFS a requerir la declaración patrimonial juramentada a terceras personas, cuando existan graves presunciones de testaferrismo.

El artículo 3 señala que la declaración patrimonial juramentada se hará mediante escritura pública, y que la misma contendrá información completa sobre el patrimonio del declarante, sus activos y pasivos, que tenga tanto en el país como en el extranjero, así como, de los bienes de la sociedad conyugal, la sociedad de hecho, y de los hijos menores de edad. Esta declaración debe incluir la autorización expresa del declarante de que se levante el sigilo de sus cuentas bancarias en caso de ser necesario³, debiendo destacarse además, que conforme el último inciso de esta norma, si las declaraciones no contienen toda la información, se concederá un plazo de quince días para subsanar el error u omisión.

El artículo 4 de la Ley establece el término de diez días para la presentación de la declaración a la EFS y a la institución donde presta sus servicios el declarante, contados desde su otorgamiento.⁴

La Ley que regula las declaraciones patrimoniales juramentadas, encarga a la EFS, como órgano superior de control, el examen de las declaraciones que se hubieren presentado, tanto al inicio como al final del ejercicio de funciones.

Si de dicha confrontación se encontraren diferencias evidentes que hicieren presumir un incremento patrimonial no justificado, la EFS debe comunicar al declarante el resultado de la comparación, para que este se pronuncie en un plazo de dos meses. Si el declarante no contestare, o si la contestación a juicio de la EFS fuere insuficiente, ha de realizarse un examen especial de auditoría⁵, como resultado del cual se emitirá la resolución que corresponda, debiendo establecer bajo su responsabilidad si existen o no indicios de responsabilidad (artículo 5 de la Ley).

³ El artículo 7 de la Ley que regula las declaraciones patrimoniales juramentadas, señala que para la realización del examen al que se refiere el artículo 5 de la misma, no rige el sigilo ni la reserva bancaria previstos en la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero.

⁴ Este término de diez días (hábiles) contados desde el otorgamiento de la escritura pública, para presentar la declaración a la entidad a la que pertenece el declarante y a la EFS, es distinto del término para otorgarla cuando se trata de la declaración que ha de presentarse a la finalización del ejercicio de la función o cargo, que es de veinte días hábiles contados desde la finalización de las funciones, según lo previsto en el segundo inciso del artículo 2 de la Ley.

⁵ Este examen especial ha de realizarse también cuando no se hubiere presentado la declaración al finalizar el ejercicio de funciones, omisión que origina la presunción de enriquecimiento ilícito (artículos 2 y 8 de la Ley).

Tanto para el proceso de análisis de las declaraciones, como para la ejecución del examen especial, la EFS se encuentra facultada para solicitar que en un plazo de sesenta días, se le entregue cualquier tipo de información que requiera, tanto a las instituciones del Estado, como a las personas jurídicas sometidas al control de la Superintendencia de Compañías, Superintendencia de Bancos y Seguros, y Superintendencia de Telecomunicaciones. La falta de entrega de información se sanciona con la destitución en el caso de funcionarios públicos, y con una multa de mil a diez mil dólares en el caso de las personas jurídicas sometidas al control de las Superintendencias, sanciones que serán impuestas directamente por el Contralor General del Estado (artículo 9 de la Ley).

Como corolario podemos señalar que la obligación de rendir cuentas a sus mandantes que tienen las autoridades y funcionarios públicos, se deriva del principio de que todas las autoridades y funcionarios públicos sin excepción, son responsables de las acciones y omisiones en el ejercicio de sus cargos, los cuales deben ser desempeñados con capacidad, honestidad y eficiencia.

A este respecto consideramos apropiado citar el siguiente análisis formulado por el ex Presidente Constitucional de la República del Ecuador, doctor Rodrigo Borja Cevallos, al referirse a la “responsabilidad”, desde una óptica política:

“Es una de las cinco características de la forma de gobierno republicano.

Consiste en la obligación que tienen los gobernantes de dar cuenta de su cometido a los electores, en forma directa o a través de los organismos establecidos para el efecto, y de asumir las consecuencias de sus actos con arreglo al derecho.

Quienes ejercen las tareas de gobierno en sus tres ramas fundamentales –legislativa, ejecutiva y judicial-, contraen por ese hecho la obligación de responder por sus actos oficiales. Este es un principio cardinal del republicanismo. Y se presenta como consecuencia natural de las especiales relaciones que en esta forma de gobierno, se establecen entre gobernantes y gobernados. Parece lógico, en efecto, que si las personas que ejercen el poder obran en nombre y en lugar de la colectividad, deban rendir cuenta de sus actos ante aquellos en cuya representación actúan.

De este modo la acción gubernativa queda abierta a la fiscalización popular y puede la comunidad ejercer permanente control sobre sus gobernantes.

Ellos, en cuanto funcionarios públicos, están sujetos a responsabilidades especiales, para hacer efectivas las cuales cuenta el Estado con órganos adecuados; y, en cuanto particulares, están sujetos a las responsabilidades comunes a todos los ciudadanos, con arreglo al principio de la igualdad ante la ley.

En consecuencia, los gobernantes tienen sobre sí dos clases de responsabilidades: unas que dimanen de su calidad de magistrados y otras de la de ciudadanos. Las primeras son las responsabilidades políticas, que se hacen efectivas directamente por las cámaras legislativas, los tribunales de garantías y otros órganos estatales bajo cuya jurisdicción cae el juzgamiento de la conducta oficial de ellos. Las segundas, denominadas responsabilidades comunes (y que en realidad son de orden penal), van ligadas a la condición de ciudadanos que tienen los gobernantes y son exigibles por medio de los tribunales ordinarios previa autorización parlamentaria o desafuero.

Con frecuencia sucede que un mismo acto gubernativo conlleva ambos tipos de responsabilidad: política y común, cuando de un lado implica mal desempeño del cargo y, de otro, infracción a la ley penal. En tal supuesto, corresponde primero al Parlamento juzgar la responsabilidad política, a través del juicio político o impeachment, y luego autorizar a los tribunales el juzgamiento de la responsabilidad común del funcionario acusado. Las penas aplicables en caso de responsabilidad política son la destitución del cargo y la inhabilitación temporal para ejercer funciones públicas. Y

las penas imponibles en caso de responsabilidad común, conexas o no con responsabilidad política, son las señaladas en el código penal.

Dicho en otros términos, los gobernantes responden por mal desempeño del cargo, por delito en el ejercicio del cargo y por delito fuera del ejercicio del cargo. En el primer caso, la responsabilidad del gobernante es puramente política, en el segundo es política y penal y en el tercero solamente penal.

Cuando se entrelazan ambos tipos de responsabilidad corresponde al Parlamento juzgar, primero, la conducta oficial del funcionario acusado y, luego, ponerlo a disposición del Poder Judicial para el juzgamiento de las consecuencias penales de sus actos celebrados con ocasión o por consecuencia del desempeño de su cargo...⁶

Con respaldo en el marco normativo descrito en líneas anteriores, nuestra EFS desarrolló a partir del año 2000, una base de datos para ingresar y procesar las declaraciones patrimoniales juramentadas que deben ser presentadas por los dignatarios, funcionarios y servidores públicos, así como por quienes sin tener esas calidades, administran recursos públicos.

La referida base de datos cuenta en la actualidad con información detallada de más de 46.000 dignatarios y funcionarios públicos a nivel nacional, que incluye: el detalle de las cuentas y depósitos en bancos nacionales y extranjeros; descripción y valor de bienes inmuebles; descripción y valor de los muebles, especialmente vehículos, maquinarias y equipos, obras de arte, colecciones, joyas y similares; detalle de inversiones en papeles fiduciarios, títulos valores, acciones y participaciones; créditos por cobrar y obligaciones por pagar; detalle de tarjetas de crédito y los consumos realizados, entre otros rubros.

Con la información constante en esta base de datos, nuestra EFS está actualmente en capacidad de examinar las declaraciones patrimoniales juramentadas presentadas en diversos tiempos, y compararlas a fin de investigar posibles casos de enriquecimiento ilícito u otros delitos.

2. PROCEDIMIENTOS PARA EVITAR LOS CONFLICTOS DE INTERESES.

Señalemos en primer término que cuando se habla de conflicto de intereses, ha de tratarse también, por estar directamente relacionados, del nepotismo.

No corresponde en el presente análisis intentar una definición de lo que constituye el conflicto de intereses ni el nepotismo, mas, para efectos de ubicarnos en el marco de desarrollo de esta colaboración, nos remitimos a lo que al respecto señala la organización no gubernamental *Transparency*:

“Un conflicto de intereses surge cuando una persona, como funcionario o empleado del sector público, es influenciado por consideraciones personales al realizar su trabajo... Así, las decisiones son tomadas con base en razones equivocadas. Los conflictos de intereses percibidos, incluso cuando son tomadas las decisiones correctas, pueden ser tan dañinos para la reputación de una organización y erosionar la confianza pública, como un conflicto de intereses realmente existente... Todos tienen intereses personales y personas a quienes se es cercano. Es inevitable que, de tiempo en tiempo, estos intereses entren en conflicto con las decisiones o acciones de trabajo... ¿Qué es el nepotismo? El nepotismo es una forma particular del conflicto de intereses. Aunque la expresión tiende a ser usada de manera amplia, se aplica estrictamente a una situación en la cual

⁶ Rodrigo Borja Cevallos, *Enciclopedia de la Política*, Fondo de Cultura Económica, México, primera reimpresión, 1998, págs. 842-844.

una persona usa su poder público con el fin de obtener un favor, con frecuencia un trabajo, para un miembro de su familia".⁷

En el ordenamiento jurídico vigente de la República del Ecuador, existen múltiples disposiciones sobre conflicto de intereses, que se encuentran dispersas en distintos cuerpos legales. En el presente trabajo nos referiremos a las más importantes.

Anteriormente hemos señalado que la vigente Constitución Política impone a todos sus ciudadanos entre otros deberes y responsabilidades, los de *"promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular"*, *"administrar honradamente el patrimonio público"*, *"asumir las funciones públicas como un servicio a la colectividad, y rendir cuentas a la sociedad y a la autoridad..."*, y *"denunciar y combatir los actos de corrupción"* (artículo 97, numerales 4, 9, 13 y 14).

Asimismo, el artículo 120 de la Carta Fundamental, prescribe en el segundo inciso que el ejercicio de dignidades y funciones públicas constituye un servicio a la colectividad, que exigirá capacidad, honestidad y eficiencia.

En este contexto constitucional que exige a los ciudadanos anteponer el interés general al interés particular y que demanda de los funcionarios públicos capacidad, honestidad y eficiencia, el artículo 123 de la Constitución establece:

"Art. 123. - No podrán ser funcionarios ni miembros de organismos directivos de entidades que ejerzan la potestad estatal de control y regulación, quienes tengan intereses o representen a terceros que los tuvieren en las áreas que vayan a ser controladas o reguladas.

El funcionario público deberá abstenerse de actuar en los casos en que sus intereses entren en conflicto con los del organismo o entidad a los que preste sus servicios".

En concordancia con este precepto constitucional y respecto de los funcionarios o miembros de organismos directivos de los órganos de control y regulación, cabe destacar las siguientes disposiciones legales sobre conflicto de intereses:

- El artículo 8, literal c) de la Ley de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción (Ley 39 publicada en el registro oficial 253 de 12 de agosto de 1999), dispone que los miembros y directivos de dicha Comisión deben *"Excusarse de participar en las investigaciones de hechos en los que existiere conflicto de intereses o de alguna manera estuvieren involucrados, personalmente o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad..."*.
- El artículo 448 de la Codificación de la Ley de Compañías (promulgada en el registro oficial 312 de 5 de noviembre de 1999) señala que el Superintendente, los Intendentes, Subintendentes y los Delegados, mientras están en el ejercicio de su cargo, no pueden adquirir, directamente ni por interpuesta persona, acciones o participaciones de las compañías sujetas a su vigilancia; y, tampoco pueden ser directores, administradores, funcionarios, empleados o abogados de dichas compañías. La violación de cualquiera de estas prohibiciones, es sancionada con la destitución del cargo.

⁷ En *"Conflicto de Intereses, Nepotismo y Amiguismo"*, disponible en el sitio de internet www.transparency.org/tilac/biblioteca/consultas/dnld/capitulo21.

- El artículo 176 de la Codificación de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero (publicada en el registro oficial 250 de 23 de enero del 2001) establece en el cuarto inciso que los miembros de la Junta Bancaria no podrán poseer acciones, por sí mismos o a través de terceros, en las instituciones sujetas al control de la Superintendencia de Bancos y Seguros, cuando éstas representen el seis por ciento (6%) o más del capital de las mismas, salvo que suscriban un contrato de fideicomiso de sus acciones por el tiempo que duren en sus funciones.

El tercer inciso del mismo artículo señala que el Superintendente, el Intendente General, los Intendentes, el Secretario General y Directores de la Superintendencia de Bancos y Seguros no pueden ser directores, funcionarios o empleados de ninguna de las instituciones sujetas al control de la Superintendencia de Bancos y Seguros ni pueden poseer por sí mismos o a través de terceros, acciones en dichas instituciones.

Además, el quinto inciso del referido artículo dispone que ni el Superintendente de Bancos ni el Intendente General podrán formar parte en las instituciones a las que se refiere la presente ley hasta después de un año de haber terminado sus funciones⁸.

- El Reglamento General a la Ley Especial de Telecomunicaciones (publicado en el registro oficial 404 de 4 de septiembre del 2001) señala en el artículo 92 que si uno de los miembros del Consejo Nacional de Telecomunicaciones -que es el órgano regulador en materia de telecomunicaciones - tuviere conflicto de intereses en un asunto a tratarse en una de las sesiones, deberá manifestarlo e inhibirse de participar en su discusión y posterior decisión. Si no lo hiciera, cualquier persona podrá solicitar su inhibición.

El artículo 120 del mismo cuerpo reglamentario establece que los integrantes del Consejo Nacional de Telecomunicaciones, de la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, y de la Superintendencia de Telecomunicaciones (que es el ente de control del sector de las telecomunicaciones) *"...no mantendrán relación laboral directa o indirecta con ningún poseedor de título habilitante para prestar servicio de telecomunicaciones y estarán obligados a guardar la confidencialidad de la información suministrada por las operadoras debidamente habilitadas, a la que se refiere el artículo siguiente, así como la suministrada por los solicitantes de títulos habilitantes, salvo que los mismos permitan su divulgación. Para el efecto deberán realizar una declaración juramentada de cumplimiento de lo dispuesto en este artículo, al inicio del desempeño de sus cargos"*⁹.

- El artículo 15 de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico (publicada en el suplemento del registro oficial 43 de 10 de octubre de 1996) señala que los vocales del Consejo Nacional de Electricidad (órgano regulador en materia de electricidad) no podrán ser propietarios ni tener interés alguno, directo ni indirecto, en las empresas de generación, transmisión, distribución o grandes consumidores, ni en las empresas que controlen o sean controladas por éstas, con excepción de los vocales designados por

⁸ Cabe señalar que ésta es una de las pocas disposiciones que extienden las prohibiciones hasta después del ejercicio del cargo, lo cual no solo tiende a evitar conflictos de intereses, sino también busca evitar, al menos en principio, el uso inapropiado de información privilegiada, reservada o secreta.

⁹ Nótese que esta disposición reglamentaria no solo impone la obligación de guardar la confidencialidad de la información, sino que inclusive obliga a realizar una declaración juramentada en este sentido.

las Cámaras de la Producción y por los trabajadores del sector eléctrico.

El primer inciso del artículo 29 Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Régimen del Sector Eléctrico (publicado en el suplemento del registro oficial 182 de 28 de octubre de 1997) impone a los miembros del Directorio de referido Consejo la obligación de abstenerse de intervenir, expresando razonadamente su excusa, si al momento de adoptarse una resolución existiere conflicto de intereses.

- El artículo 25 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, dispone que el personal ejecutor de la auditoría gubernamental mantendrá total independencia respecto de las instituciones del Estado y de las personas y actividades sujetas a su examen; en consecuencia, no pueden efectuar labores de auditoría en instituciones del Estado en las que hubieren prestado sus servicios dentro de los últimos cinco años, salvo que las hubieren cumplido en calidad de auditores internos. Tampoco pueden auditar las actividades realizadas por su cónyuge, por sus parientes comprendidos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, ni cuando existiere conflicto de intereses¹⁰.

El segundo inciso del artículo 93 de mismo cuerpo legal, señala que los doctores en jurisprudencia y abogados que presten sus servicios en la Contraloría General del Estado no podrán ejercer su profesión en los términos previstos en la Ley Orgánica de la Función Judicial¹¹.

Por otra parte, la Constitución Política respecto del nepotismo dispone en el segundo inciso del artículo 125, lo siguiente: *“Se prohíbe el nepotismo en la forma que determine la ley. La violación de este principio se sancionará penalmente”*.

Pese al mandato constitucional, el nepotismo no se ha sancionado penalmente hasta la actualidad.

Respecto a la prohibición del nepotismo mediante ley, podemos remitirnos al artículo 7 de la Codificación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones de los Servidores Públicos (promulgada en el registro oficial 16 de 12 de mayo del 2005), que define al nepotismo como: *“el acto ilegal ejecutado por un dignatario, autoridad o funcionario, en la designación, nombramiento o contratación en un puesto o cargo público, hecha dentro de la misma función del Estado, institución, entidad u organismo que representa o ejerce su servicio a la colectividad, a favor del cónyuge, del conviviente en unión de hecho, de sus parientes comprendidos hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad”*.

¹⁰ Lo dispuesto en este artículo se aplica también al personal de las unidades de auditoría interna de las entidades y organismos del sector público, por así establecerlo el inciso segundo del artículo 15 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

¹¹ El artículo 150, numeral 1 de la Ley Orgánica de la Función Judicial preceptúa que no pueden ejercer la profesión de abogado: *“El Presidente de la República o quien haga sus veces, los Ministros de Estado, el Procurador y Contralor General de la Nación. Tampoco pueden ejercerla los funcionarios y empleados de la Procuraduría y Contraloría General de la Nación y de los Ministerios de Estado y más dependencias y entidades públicas y semipúblicas, en los asuntos que se tramiten en el organismo o dependencia en que presten sus servicios o en los casos en los que deban intervenir en razón de su empleo”*. Sin embargo, el último párrafo del referido artículo aclara que las personas antes indicadas podrán defender las causas propias, las de su cónyuge y las de sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

El segundo inciso del referido artículo preceptúa que también constituye nepotismo cuando el acto ilegal beneficie o favorezca a personas vinculadas a miembros del cuerpo colegiado del que sea parte el dignatario, autoridad o funcionario del que emana la designación, nombramiento o contratación.

Esta misma norma legal establece que los nombramientos o contratos originados en un acto de nepotismo, carecerán de validez jurídica, y no se registrarán ni causarán egreso económico alguno, debiendo sancionarse a la autoridad nominadora que contravino la prohibición de nepotismo, con la destitución de su cargo. Respecto del beneficiario del acto de nepotismo, se estará a lo previsto en el literal h) del artículo 49 de la citada Ley, que establece que es causal de destitución, el haber sido nombrado contraviniendo disposiciones expresas que prohíben el nepotismo.

Entre otras disposiciones de la Constitución Política que tienen por objeto evitar el conflicto de intereses, podemos citar brevemente las siguientes:

- Las de los numerales 5 y 6 del artículo 101, relativas a que no pueden ser candidatos a ninguna dignidad de elección popular los miembros de la fuerza pública en servicio activo; y, los que tengan contrato con el Estado, como personas naturales o como representantes o apoderados de personas jurídicas, nacionales o extranjeras, y que el contrato se haya celebrado para la ejecución de obras públicas, prestación de servicios públicos o explotación de recursos naturales mediante concesión, asociación o cualquier otra modalidad contractual.
- Las de los incisos segundo y tercero del artículo 135 que prohíben a los diputados desempeñar otra función pública o privada, así como la prohibición de ofrecer, tramitar, recibir o administrar recursos del Presupuesto General del Estado.
- Las de los numerales 1 y 3 del artículo 178 que disponen que no pueden ser Ministros de Estado el cónyuge, padres, hijos o hermanos del Presidente o Vicepresidente de la República; y, los que tengan contrato con el Estado, como personas naturales o como representantes o apoderados de personas jurídicas nacionales o extranjeras, y que el contrato se haya celebrado para la ejecución de obras públicas, prestación de servicios públicos o explotación de recursos naturales mediante concesión, asociación o cualquier otra modalidad contractual.

Dejando por ahora el contexto constitucional, vamos a referirnos a otras disposiciones que tienen por finalidad prevenir y evitar que personas que eventualmente pudieren tener conflicto de intereses, accedan a dignidades, funciones o cargos públicos, o que el conflicto de intereses se presente en el desempeño de tales dignidades, funciones o cargos. También ejemplificaremos algunas normas que prohíben el nepotismo. Así tenemos:

El artículo 26 de la Codificación de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones de los Servidores Públicos, que al establecer las prohibiciones a los servidores públicos en general, entre otras, señala en los literales h), i) j) y o), respectivamente, que les está prohibido:

“Mantener relaciones comerciales o financieras, directa o indirectamente, con contribuyentes o contratistas de cualquier institución del Estado, en los casos en que el servidor público, en razón de sus funciones, deba atender los asuntos de ellos;”

“Resolver asuntos en que sean personalmente interesados, o lo sea su cónyuge o su conviviente en unión de hecho, o sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o sus amigos íntimos o enemigos manifiestos;”

“Intervenir, emitir informes o dictaminar por sí o por interpuesta persona en la tramitación o suscripción de convenios y contratos con el Estado, obtención de concesiones o cualesquier beneficio que impliquen privilegios de éste, a favor de empresas, sociedades o personas particulares en que el servidor, su cónyuge, conviviente en unión de hecho legalmente reconocida o sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad sean interesados y, gestionar nombramientos o contratos a favor de los mismos;”

“Suscribir o mantener contratos con el Estado o sus instituciones, por sí mismos o como socios o accionistas, o miembros de una persona de derecho privado o, por interpuesta persona;”

En materia de contratación pública pueden destacarse las siguientes disposiciones, orientadas a evitar el conflicto de intereses:

El artículo 55 de la Codificación de la Ley de Contratación Pública (promulgada en el registro oficial 272 de 22 de febrero del 2001) establece varias inhabilidades de carácter general que impiden celebrar contratos con el Estado ecuatoriano o con las entidades del sector público¹², pero relacionada con la finalidad de evitar el conflicto de intereses, solo ha de mencionarse a la del literal a) que prohíbe celebrar contratos con el Estado al Presidente y al Vicepresidente de la República, a los ministros de Estado, a los legisladores, a los presidentes o representantes legales de entidades del sector público con ámbito de acción nacional, a los prefectos y a los alcaldes.

El artículo 56 del mismo cuerpo legal establece varias inhabilidades de carácter especial, tendientes a evitar posibles conflictos de intereses, las cuales conllevan la prohibición de celebrar contratos con las entidades del sector público contratante, a las siguientes personas particulares y funcionarios o servidores públicos:

- Los consejeros provinciales y los concejales, en su respectiva jurisdicción;
- Las personas naturales o jurídicas que hubieren hecho los estudios y diseño o elaborado los proyectos de obras de ingeniería o arquitectura; y, las que hubieren establecido las especificaciones de los bienes a adquirirse;
- Los miembros de directorios u organismos similares o del comité de contrataciones de la institución convocante, sus cónyuges o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad;
- Los funcionarios o empleados públicos que hayan intervenido en la etapa precontractual y que con su acción u omisión pudieren resultar favorecidos, sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, así como las compañías o sociedades jurídicas o de hecho en las que tales servidores, su cónyuge o sus parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de

¹² El artículo 118 de la Constitución Política de la República establece que son instituciones del Estado que integran el sector público: 1) Los organismos y dependencias de las Funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial; 2) Los organismos electorales; 3) Los organismos de control y regulación (Contraloría, Procuraduría, Ministerio Público, Comisión de Control Cívico de la Corrupción y Superintendencias de Bancos y Seguros, de Compañías y, de Telecomunicaciones); 4) Las entidades que integran el régimen seccional autónomo (Consejos Provinciales, Municipalidades, y Juntas Parroquiales Rurales); 5) Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado; y, 6) Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos.

afinidad sean titulares de más del veinte por ciento del capital o tengan intereses similares; y,

- Los que de manera directa hayan estado vinculados con la elaboración, revisión o aprobación de los documentos precontractuales, relacionados con el contrato a celebrarse.

En caso de comprobarse que en el proceso precontractual han participado alguno de los funcionarios o las personas que la norma señalada declara como inhábiles, quedarán eliminados del proceso sin reclamo alguno.

El artículo 19 del Reglamento Sustitutivo del Reglamento General de la Ley de Contratación Pública (publicado en el suplemento del registro oficial 622 de 19 de julio del 2002), dispone que los integrantes del comité, así como, los asesores y los miembros de las comisiones técnicas, no podrán ser parientes entre sí hasta el tercer grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Agrega este artículo que *“Si se presentaren ofertas de una compañía o empresa que tenga interés en la licitación o en el concurso, los referidos integrantes del comité, asesores y miembros de comisiones técnicas que sean socios o accionistas de ella o tengan parentesco en los grados antedichos con un oferente o representante de él, deberán excusarse”*.

Los artículos 39 y 40 de la Codificación de la Ley de Consultoría¹³ (publicada en el registro oficial No. 455 de 5 de noviembre del 2004), disponen:

“Art. 39. - Las personas naturales o jurídicas, incluidos sus representantes legales o socios, que hubieren intervenido en la elaboración de los estudios de un proyecto, quedan prohibidas de participar en la licitación o concurso para la ejecución del respectivo proyecto que le hubiese sido adjudicado y en la provisión de los correspondientes equipos o materiales”.

“Art. 40. - Los servidores públicos que hubieren intervenido en la elaboración de los documentos para un concurso de consultoría, o en el proceso de contratación respectivo, no podrán prestar sus servicios profesionales para la ejecución del contrato de consultoría o de apoyo a la consultoría, aun en el caso que hubiesen renunciado a sus funciones”.

En el ámbito del régimen seccional autónomo, pueden mencionarse ejemplificativamente las siguientes disposiciones legales, destinadas a evitar el conflicto de intereses:

- Las de los numerales 1 y 3 del artículo 42 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal (publicada en el suplemento del registro oficial 331 de 15 de octubre de 1971 y sus reformas) que prohíben a los concejales presenciar o intervenir en la resolución de asuntos en los que tengan interés ellos o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; y, celebrar contrato alguno, directa o indirectamente, sobre bienes o rentas de la Municipalidad de cuyo Concejo forma parte, prohibición que se extiende a los parientes de los concejales que se encuentren dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

¹³ En materia de contratación pública debe explicarse que en la República del Ecuador la Ley de Contratación Pública regula los contratos celebrados por las instituciones, entidades y organismos del sector público relacionados con la ejecución de obras, la adquisición de bienes y la prestación de servicios no regulados por la Ley de Consultoría (artículo 1 de la Ley de Contratación Pública), en tanto que la Ley de Consultoría, norma la prestación de servicios profesionales especializados, que tengan por objeto identificar, planificar, elaborar o evaluar proyectos de desarrollo, en sus niveles de factibilidad, factibilidad, diseño u operación, así como aquellos contratos que tengan por objeto la supervisión, fiscalización y evaluación de proyectos, los servicios de asesoría y asistencia técnica, elaboración de estudios económicos, financieros, de organización, administración, auditoría e investigación (artículo 1 de la Ley de Consultoría).

Si no se observaren las prohibiciones antes señaladas, el artículo 43 del mismo cuerpo legal establece que los actos y contratos realizados en contravención a tales prohibiciones serán nulos, y los concejales causantes de la nulidad serán personal y pecuniariamente responsables de los perjuicios que se ocasionaren.

- Las de los literales a) y c) del artículo 22 de la Codificación de la Ley de Régimen Provincial (promulgada en el registro oficial 288 de 20 de marzo del 2001), que prohíben al prefecto provincial y a los consejeros intervenir en las resoluciones de los asuntos en que sean personalmente interesados, o en los que lo sean sus parientes, hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, incluyendo la participación en una elección a favor de parientes del prefecto o de los consejeros, en los grados indicados; y, la prohibición de celebrar contrato alguno, directa o indirectamente, sobre bienes o rentas del Consejo que interese a ellos personalmente, o a sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

El inciso final de este artículo señala que: *“Los actos y contratos realizados en contravención a las disposiciones precedentes, serán nulos. El Prefecto o el consejero causante de la nulidad, comprobada su responsabilidad, responderá, personal y pecuniariamente, por los perjuicios ocasionados, y perderá su función”.*

Por otra parte podemos hacer referencia al artículo 150 de la Ley Orgánica de la Función Judicial (publicada en el registro oficial 636 de 11 de septiembre de 1974), disposición legal que a efectos de prevenir eventuales conflictos de intereses, prohíbe el ejercicio de la profesión de abogado a un gran número de servidores públicos, particularmente de aquellos que dirigen las entidades y organismos del Estado que integran el sector público, a legisladores, magistrados, jueces y funcionarios de la Función Judicial, dignatarios y funcionarios del régimen seccional autónomo, entre otros.

Componente trascendental del conflicto de intereses, es el relacionado con el manejo de la información catalogada como secreta, reservada o privilegiada, no únicamente cuando el servidor público por razón de su cargo accede a ella, sino también cuando se separa del servicio público. Por ello hemos considerado pertinente referirnos someramente al derecho de acceso a la información, sus restricciones, y el uso indebido de la información privilegiada por parte de los servidores públicos, siempre en relación con el ordenamiento jurídico vigente de la República del Ecuador.

El artículo 81 de la Carta Fundamental, garantiza el derecho a acceder a las fuentes de información, como mecanismo para ejercer la participación democrática respecto del manejo de la cosa pública y la rendición de cuentas a la que están sujetos todos los funcionarios del Estado, y establece que no existirá reserva respecto de informaciones que reposen en los archivos públicos, excepto de los documentos para los que tal reserva sea exigida por razones de defensa nacional, y por otras causas expresamente establecidas en la ley.

Para viabilizar el ejercicio del derecho de acceso a la información se expidió la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública (promulgada en el suplemento del registro oficial 337 de 18 de mayo del 2004), cuyo artículo 1 dispone:

“Art. 1. - Principio de Publicidad de la Información Pública.- El acceso a la información pública es un derecho de las personas que garantiza el Estado.

Toda la información que emane o que esté en poder de las instituciones, organismos y entidades, personas jurídicas de derecho público o privado que, para el tema materia de la información tengan participación del Estado o sean concesionarios de éste, en cualquiera de sus modalidades, conforme lo dispone la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; las organizaciones de trabajadores y servidores de las instituciones del Estado, instituciones de educación superior que perciban rentas del Estado, las denominadas organizaciones no gubernamentales (ONG's), están sometidas al principio de publicidad; por lo tanto, toda información que posean es pública, salvo las excepciones establecidas en esta Ley”.

El artículo 17 *ibídem*, establece que no procede el derecho de acceder a la información pública, exclusivamente, de los documentos relacionados con la seguridad nacional, y respecto de las informaciones expresamente establecidas como reservadas en leyes vigentes.

Un ejemplo de la reserva sobre información establecida legalmente es la norma del artículo 35, quinto inciso de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que impone al personal de la Contraloría la obligación de mantener reserva sobre los asuntos que conozca; norma que se complementa con lo señalado en el artículo 79, numeral 3 del mismo cuerpo legal, que impone a los funcionarios de Contraloría que intervienen en los procesos de auditoría gubernamental y determinación de responsabilidades, la obligación de guardar reserva de los hechos que conocieren en el cumplimiento de sus funciones y, cuando se trate de información sujeta a sigilo o reserva, utilizarla sólo para los efectos previstos en la ley.

Otro ejemplo de excepción al acceso de información previsto en disposición legal, es la contenida en la Ley Orgánica de Responsabilidad, Estabilización y Transparencia Fiscal (publicada en el registro oficial 589 de 4 de junio del 2002), sobre la reserva que debe mantenerse respecto de las negociaciones en materia de endeudamiento público.

Así tenemos que el artículo agregado a continuación del Art. 11 de la citada ley, por el artículo 3 de la Ley Reformativa 2005-4 (registro oficial 69 de 27 de julio de 2005), dispone en sus dos últimos incisos:

“Los actos, contratos o convenios vinculados con procesos de financiamiento, reestructuración, canje, colocación o recompra de deuda pública del Estado ecuatoriano, a cargo del Ministerio de Economía y Finanzas tendrán el carácter de secretos y reservados, hasta que culmine la operación. Inmediatamente después, toda la información será publicada.”

“Toda persona que divulgue, utilice o se beneficie de la información y/o documentación relacionada con los actos, contratos o convenios referidos, será reprimida con la pena de reclusión mayor ordinaria prevista en el inciso primero del artículo 257 del Código Penal, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas y civiles a que hubiere lugar”.

No obstante las diversas y múltiples disposiciones existentes en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, que tienden a evitar o subsanar el conflicto de intereses, es evidente que en la vida diaria tales conflictos de intereses no dejan de presentarse, lo que ha llevado a sancionar incluso penalmente, la inobservancia o transgresión de esas normas, particularmente cuando se ha hecho un uso indebido de la información secreta, reservada o privilegiada. En este contexto podemos mencionar los siguientes delitos tipificados en el Código Penal Ecuatoriano:

Entre los delitos del libro II, título III “De los Delitos Contra la Administración Pública”, capítulo VI “Del Prevaricato”, del Código Penal, mencionamos el del artículo 282 que dispone:



“Art. 282. - Todo funcionario público que, sin orden legal del superior competente, descubra o revele algún secreto de los que le están confiados por razón de su destino, o exhiba algún documento que deba estar reservado, será reprimido con uno a cinco años de prisión”.

Respecto al aprovechamiento en beneficio personal o de terceros de información privilegiada, mencionaremos que en el libro II, título III “De los Delitos Contra la Administración Pública”, capítulo V “De la Violación de los Deberes de Funcionarios Públicos, la Usurpación de Atribuciones y los Abusos de Autoridad”, del Código Penal, mediante Ley 6 publicada en el suplemento del registro oficial 260 de 29 de agosto de 1985, se incorporó un artículo a continuación del artículo 257, que sanciona con la pena de uno a cinco años de prisión y multa, a las personas elegidas por votación popular, a los representantes o delegados del Presidente de la República y de otros funcionarios fiscales o municipales en organismos del Estado, autónomos o semiautónomos; y, a los funcionarios, empleados o servidores públicos, que se hubieren aprovechado económicamente en beneficio propio o de terceras personas, de estudios, proyectos, informes, resoluciones y más documentos, calificados de secretos, reservados o de circulación restringida, que estén o hubiesen estado en su conocimiento o bajo su dependencia en razón o con ocasión del cargo que ejercen o hubiesen ejercido.

Debido a los avances tecnológicos en materia de informática, tratamiento de la información, internet, entre otros, a los que poco a poco se va incorporando la administración pública, con la expedición de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas Electrónicas y Mensajes de datos, publicada en el suplemento del registro oficial 557 de 17 de abril del 2002, se incorporó a través del artículo 58, en el Libro II del Código Penal, Título II, Capítulo V “De los Delitos contra la Inviolabilidad del Secreto”, una norma a continuación del artículo 202, que sanciona el acceso ilegítimo a información contenida en sistemas electrónicos, y su divulgación o utilización en los siguientes términos:

“El que empleando cualquier medio electrónico, informático o afín, violentare claves o sistemas de seguridad, para acceder u obtener información protegida, contenida en sistemas de información; para vulnerar el secreto, confidencialidad y reserva, o simplemente vulnerar la seguridad, será reprimido con prisión de seis meses a un año y multa de quinientos a mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

Si la información obtenida se refiere a seguridad nacional, o a secretos comerciales o industriales, la pena será de uno a tres años de prisión y multa de mil a mil quinientos dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

La divulgación o la utilización fraudulenta de la información protegida, así como de los secretos comerciales o industriales, será sancionada con pena de reclusión menor ordinaria de tres a seis años y multa de dos mil a diez mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica.

Si la divulgación o la utilización fraudulenta se realiza por parte de la persona o personas encargadas de la custodia o utilización legítima de la información, éstas serán sancionadas con pena de reclusión menor de seis a nueve años y multa de dos mil a diez mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica”.

Conclusiones:

1. La aplicación por parte de nuestra EFS de la facultad que le asigna la constitución y la ley, de examinar las declaraciones patrimoniales juramentadas que deben presentar los funcionarios y dignatarios públicos y en general, quienes administran o manejan recursos públicos, e investigar los casos de presunto enriquecimiento ilícito, ha viabilizado la sustanciación de varias acciones penales e investigaciones en contra de algunos magistrados, jueces y funcionarios públicos, que se encuentran actualmente en trámite tanto a nivel del Ministerio Público como de la Función Judicial.

En consecuencia, podemos concluir que el mecanismo de exigir la presentación de declaraciones patrimoniales juramentadas a dichos funcionarios y servidores, y que la EFS examine esos instrumentos, constituye una herramienta efectiva para la detección e investigación de casos de enriquecimiento ilícito, por lo que debe perfeccionarse y difundirse su empleo en todas las EFS.

Una de las formas para alcanzar ese perfeccionamiento es que los requerimientos de información que formula la EFS a las Superintendencias de Bancos y Compañías, así como a las instituciones del sistema financiero y otras, sea oportunamente entregada, a fin de procesarla e incorporarla al proceso de investigación. Para ello, es preciso mantener convenios de cooperación interinstitucional y canales de coordinación permanentes.

Por otra parte, es imprescindible que los funcionarios de las EFS que se encarguen de examinar las declaraciones patrimoniales, para detectar posibles casos de enriquecimiento ilícito, estén debidamente capacitados en ámbitos tales como la auditoría forense, derecho público (específicamente derecho constitucional, administrativo y penal), criminalística, entre otras disciplinas; caso contrario no estarán lo suficientemente preparados para desarrollar tareas que no requieren tan solo de un análisis cuantitativo, sino de un prolijo estudio pericial multidisciplinario.

2. Es prácticamente imposible evitar que en la administración pública surjan conflictos de intereses entre distintos dignatarios y funcionarios públicos o entre éstos y particulares o administrados. Por ello, las legislaciones de los distintos países tratan de prever múltiples situaciones en las cuales dichos dignatarios y funcionarios deben excusarse de participar o resolver determinados asuntos o trámites sometidos a su conocimiento o resolución.

En algunos casos, si de hecho el dignatario o funcionario respectivo no se excusa y persiste en el conocimiento de una causa, puede incluso incurrir en la comisión de un delito y por tanto, enfrentar una acción penal.

Sin embargo, en la mayoría de casos, la violación de los preceptos que obligan a excusarse o no intervenir en ciertos asuntos, únicamente pueden derivar en responsabilidades civiles y administrativas en contra de los dignatarios o funcionarios que han omitido excusarse.

Ante esta circunstancia, podría ser de gran utilidad incorporar en nuestras legislaciones normas que obliguen a los dignatarios y funcionarios en general, a declarar bajo juramento, cada vez que determinado asunto o trámite haya sido conocido o resuelto, que no ha existido conflicto de interés alguno y que por tanto, tampoco ha habido causa de excusa.



Lógicamente que si luego de haber participado en determinado trámite o de haberlo resuelto, llegare a conocimiento público que sí ha existido un conflicto de intereses y que no ha mediado excusa y por el contrario, que ha sido realizada una declaración juramentada afirmando que no existía ese conflicto, el dignatario o funcionario de que se trate enfrentaría una acción penal perseguible de oficio por perjurio, sin perjuicio de otros delitos en los que pueda haber incurrido.

Sin embargo, como se señaló anteriormente, más allá de lo moderno que pueda ser el marco normativo de un Estado, la forma más idónea de evitar el conflicto de intereses, es mediante una actitud honesta de los dignatarios, funcionarios y servidores públicos, quienes por convicción ética deben abstenerse de intervenir y de resolver asuntos en los que exista un conflicto de intereses, ya sea con otro dignatario o funcionario público o con una persona natural o jurídica privada.

3. El principal factor multiplicador de esa actitud honesta, es sin duda la educación. En tal sentido, es necesario que el sistema educativo de nuestros países, imparta formación ética en todos los niveles, a fin de que los niños y jóvenes, cuando lleguen a la edad adulta y asuman la conducción del destino de nuestros pueblos, dirijan su accionar en función de los valores éticos y morales y no de intereses personales o de grupo, proceso cuyos logros serán apreciados a largo plazo, pero que debe ser implantado en el presente. En este marco, si bien a las EFS no les compete llevar a cabo tareas específicas en materia educativa, pueden emprender en acciones y campañas orientadas al rescate de valores, a través de mecanismos tales como la organización de concursos con la participación de funcionarios del sector público en general y también de las propias EFS, cuyo objetivo sea el diseño de instrumentos, mecanismos o propuestas cuya finalidad sea incentivar a la ciudadanía a asumir actitudes honestas. A manera de ejemplo, quisiéramos destacar el IV Concurso de Recuperación de Valores denominado “La Idoneidad del Servidor Público en los Organismos de Control”, organizado por nuestra EFS en el año 2003, en el que participaron funcionarios de las EFS de Colombia, Perú, Venezuela, México, Paraguay y Ecuador.

Quito, octubre de 2005.

Dr. Genaro Peña Ugalde
CONTRALOR GENERAL DEL ESTADO